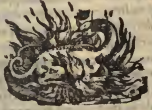
D. HIERONYMI
TORNIELLI NOVARIENSIS
IVRISCONSVLTI CLARISSIMI,
PATAVII IVRIS CIVILIS
IN PRIMO LOCO POMERIDIANI
INTERPRETIS.

Tractatus, Si Quod ago non ualet, ut ago, an ualeat ut ualere potest: excerptus ex eiusdem commentariis in. §. si quis ita l. 1. ff. de uerborum obligatio.

Necnon celebris quaestio. An & quando poenalis stipulatio praecedentem nouet, ex eiusdem commentarijs in l. ita stipulatus. ff. de uerb. oblig.

QVIBVS ACCESSIT

Aureus eiusdem tractatus de utili. & direct. act.



PATAVII,

Ad instantiam Petri Antonii Alciati.

M. D. LXVI.

ILLVSTR. AC REVER. CAROLO CICADAE ALbinganensi Episcopo designato. Nicolaus Galerius. S. D.

CVM Hieronymus Torniellus Iurisco. grauiss. superioribus diebus summa cum omnium admiratione interpretatus esset Paragraphum Si quis ita, ex l. 1. de uerb. oblig. pleraq; ab eo, quod tēporis angustiis urgeretur, prætermissa fuisse animaduertisti, quæ præclara, & difficilia esse uiderentur, maximeq; ad celebrem illum articulum pertinerent: *Si Actus quemadmodum agitur non ualet, utrum eum, quem de iure potest effectū saltem sortiatur:* quorum desiderio cum non solum te, sed omnes etiam eius auditores accensos uiderem, hanc mihi apud ipsum Torniellum causam suscipiendam, agendamq; esse duxi, non modo ut tibi, cui omnia debeo, uerum ut cæteris quoq; iuris studiosis prodessem. Itaq; ipsum, quem ego semper cum mei amantissimum, tum tui obseruantissimum, omniumq; studiosorum iuuenum studiosissimum esse intellexeram, confestim conueni, ac uerecunde quidem (uerebar enim ne grauis ei ac molestus essem) sed tamen ut facile cerneret me id summo studio exoptare, secum, ut ea saltem ederet, agere cœpi, quæ ipse in eo articulo tradidisset: fore.n. ut inde omnes maximas ipsi gratias essent habituri. Grauate ille primum, quod diceret non decere eum, qui esset aliquando in plures Iuris Ciuilis partes iustos cōmētarios æditurus, ipsos quasi per frusta secare, ac ita concisos, minusq; accurate adhuc perpurgatos foras dare. Sed tamen uel æqua postulatio mea cum omnium utilitate coniuncta, uel tui, cæterorumq; iusti desiderii commemoratio ita eū permouit ut se a me uel in hoc exorari passus sit, ut eum mihi totum tractatum, uti uelim emittendum, largiretur, quem ego ut in commune aliquid conferrem, quā primum, exire uolui. At cum eum in opusculi formam haud crescere uiderē, aliquid quo decentius in publicum ueniret, addendum esse putaui. Quamobrem memoria tenens quam dilucide ipse, ac subtiliter, ut omnia, alias me audiente obscurissimam illam, atque copiosissimam quæstionem pœnalis stipulationis pertractasset, an præcedentem nouet, quamq; fœliciter aureum quendam de utilibus, & direc. act. tractatum perfecisset, præcibus contēdere ab eo cœpi, ut hæc mihi quoq; traderet: illeq;, quæ eius humanitas esse solet, libenter concessit. Quæ omnia typis cudenda curaui, eaq; tibi nuncupare uolui, ut uel hoc officii genere animum meum testatiorem apud te relinquerem, quod eo aptius me facere arbitratus sum, si hæc tibi inscriberē, qui & iuris studiosissimus, & ipsius auctoris frequēs auditor existis, ac ingenio peracuto grauiq; iudicio ardua quæq; in iure ciuili, cuiusmodi hæc sūt percipis, & pertractas. In his.n. innumeras prope difficultates miro disserēdi acumine discussas, ac dissolutas, uariasq; cū ueterum, tum recentiorum intepretū opiniones inter se reconciliatas, plurima Iurisconsultorum obscura, difficiliaq; respōsa illustrata, omnia deniq;, quæ ab intimis legum penetralibus proficiscuntur ad summam quandam dilucidita tem, æquitatemq; relata reperies. Hoc igitur a me munusculū eo animo accipe, quo tibi offero, nēpe gratissimo, meq;, ut facis, ama.

SVMMÆ RERVM.

1 QVID considerãdum, ut dignosci possit, an id, quod agebatur ualeat, ut agi potuit, quando ut agebatur ualere nequiuit.

2 Clausula vt actus valeat omni meliori modo, sustinet actum etiam in forma peccantem.

3 Iuramentum habet uim clausulæ, ut actus ualeat omni meliori modo.

4 An iuramento, uel clausula ut actus ualeat omni meliori modo, stipulatio rei, cuius stipulator nõ erat capax, substineatur saltem in estimatione.

5 Quoties ex eo, quod agi potuit, non inducitur dispositio diuersa ab ea, quæ inducebatur ex eo quod agebatur, tunc semper procedit regula affirmatiua, siue in eo, quod agi potuit sit plus quàm in eo, quod agebatur, siue minus.

6 Quibus casibus dici possit esse differẽtia in commodo, non in constituendi modo.

7 Quoties dispositio, quæ agebatur includit omnes effectus, qui possunt oriri ex dispositione, quæ agi potuit, tunc semper indistincte procedet regula affirmatiua, licet sit diuersitas in modo constituendi.

8 Vtrum dispositio, quæ iure directo non ualet possit iure obliquo ualere.

9 Intellectus ad l. precibus. C. de imp.

10 Quoties præsummitur potius uere id agi, quod potuit, quam aliud, semper ualebit ut potuit.

11 Materiam, seu substantiam actus, uel dispositionis potius attendi, quàm nomen.

12 Quibus casibus procedat regula negatiua.

13 Ex diuersis inferri non posse.

14 A minori ad maius inferri nequit.

15 Diuersitatem in modo constituendi nõ inducere dispositionem diuersam.

16 Ex consensu in unam obligationis speciem non posse inferri ad consensum in aliam.

17 Ratio cur matrimonium, quod non potest propter ętatem ualere, substineatur in uim sponsalium.

18 Ratio cur stipulatio rei, cuius stipulator sit incapax non ualeat saltem in æstimatione.

19 Obligationem difficultate solutionis non impediri.

20 Ratio cur transactio inualida non sustineatur in uim pacti gratuiti.

21 Ratio, quare acceptilatio inualida sustineatur in uim pacti de non petendo.

22 Intellectus. l. an inutilis. ff. de acceptil.

23 Regulam affirmatiuam nunquam procedere, ubi apparet disponentem noluisse ut actus, seu dispositio alio modo, quàm quo agebatur, ualeret.

24 Quomodo dignosci possit, quem uoluisse facere actũm nugatorium, seu elusorium.

1 HIC dubitatur, an & quãdo si quod ago nõ ualet ut ago, ualeat ut ualere potest qui tractatus est admodũ intricatus, & minus perfecte a docto declaratus. Pro cuius resolutione præmittendum est, ꝙ omni casu, quo legitime constabit de uoluntate disponentis ut ualeat eo modo, quo agi potuit, semper procedet regula affirmatiua, uidelicet ut ualeat eo modo, quo potest. Nam si de eo ꝙ agi potuit adest potestas & uoluntas, utique de eo dicetur esse dispositio efficax. Vbi uero non constabit legitime de uoluntate disponẽtis, ꝙ ualeat id quod agitur eo modo quo agi potuit semper procedet regula negatiua, uidelicet ut si nõ ualet eo modo quo agitur nec eo modo, quo agi potuit. Nam hoc casu nullo modo põt esse dispositio efficax de eo, ꝙ agi potuit, si non apparet legitime de uoluntate disponentis, quoniam semper diceretur esse defectus uoluntatis, sine qua non potest esse materia illius dispositionis, quæ agi potuit. Hinc uidemus ꝙ omnia iura, quæ loquuntur in hac materia, semper considerant, an sit ista uoluntas, & animus disponẽtis circa id, quod agi potuit, ut si sit ista uoluntas ualeat, aliàs non ualeat eo modo quo agi potuit. l. prima § eum qui ff. de cõ. pec. l. An inutilis. infrà. de accep. l. si unus § acceptila ff. de pac. l. prima ff. de iu. codicil. l. fi § illud C. de codicil. l. cũ quis decedens § seio ff. de leg. tertio, & in pluribus aliis legibus infra allegandis. Et hoc sequitur ꝙ resolutio huius tractatus tota consistit in declaratione, seu discussione casuum, in quibus legitime poterit apparere de uoluntate disponentis, ut ualeat eo modo quo agi potuit, & casuum in quibus non poterit apparere quia in primo casu procedit regula affirmatiua in alio procedit regula negatiua. Hoc sic præmisso, circa regulam affirmatiuam constituo tibi aliquas conclusiones quæ iudicio meo, sunt ueræ, & indubitatæ in quibus actus qui non ualet eo modo, quo agitur, ualebit eo modo quo agi potuit, & constabit legitime de mente disponentis, ꝙ ualeat eo modo quo agi potuit. Prima conclusio est, ꝙ semper ualebit eo modo quo agi potuit quotiens uel per uerba spetialia, uel generalia intelligitur dispositum, ut de eo, ꝙ agebatur inducatur illa dispositio, quæ agi potuit ista conclusio non potest habere dubitationem, quoniã in casu huius conclusionis constat manifeste de uoluntate disponentis, ꝙ ualeat eo modo quo agi potuit. Quam etiam cõclusionem firmant Bart. & alii omnes hic in primo membro suæ distinctionis.

Exemplificatur ista conclusio In clausula codicil
lari adiecta in testamentis l. 1. ff de iu. codicil. fi §.
illud C. de Codicil. Et in illa clausula, ꝙ actus ua-
2 leat omni meliori modo † Hæc enim clausula
sustinet actum, qui etiam peccaret in forma, ut.
per deci. con. 14. Exemplificatur etiam quando
3 esset appositum iuramentum † Nam iuramen
tũ habet uim clausulæ ut actus ualeat omni me-
liori modo. quo potest l. cum pater §. filius ma-
trem. ff. de lega. secundo.

Nec contra hanc conclusione obstat tex.in c. 1.de postulation prælato.in sexto, de quo opponit Ias.hic nam quicquid Ipse dicat, optime procedit solutio Geminia.in d.c. 1. uidelicet ꝙ ideo in casu illius tex.neutro modo ualet id, ꝙ agitur, quia defectus est in forma. Nã in casu d.c.primi erat defectus in utraque dispositione, quia nec electio, nec postulatio poterat fieri sub dicta forma. Id autem ꝙ dicit Ias.uidelicet ꝙ per dictam clausulam Codicillarem sustinetur testamentum in uim codicillorũ, nõ obstante ꝙ sit fit defectus in forma, Ideo procedit, quia defectus est solum in dispositione testamẽti, ꝙ principaliter agitur, non autem in dispositione codicillorũ, quæ agi poterat. Ex hac conclusione inferunt doc. ꝙ si in casu tex.nostri interrogãs dixisset, promittis per stipulationẽ, uel alio meliori modo, ualeret semper conuentio, quamuis responsio esset facta nutu. Constaret enim de uoluntate ipsius interrogantis etiam circa obligationes ex consensu, & dispositionem pacti, ut hic per Rip. nu. 25. pro quo allegat notata per Soci.consi 66. col. secunda in tertio & per deci.in d.consi. 14. Inferunt ẽt ꝙ semper stipulatio, quæ non põt ualere in uim stipulationis, sustineretur in uim pacti, quando interuenisset iuramentum, ut concludunt cõmuniter doct.post Bar.hic uer.sed quid si super tali stipulatione. Iuxta tamen prædictam conclusionem sunt aliquæ dubitationes: Prima est † an
4 per dictam clausulam omni meliori modo &c. & propter iuramentum stipulatio, quæ non potest ualere in re promissa propter in capacitatẽ stipulatoris sustineatur in æstimatione ipsius rei, de qua agi potuit, ita ꝙ propter dictam clausulã, seu propter iuramentum cesset dispositio l.multum interest.infra.eo. Ego credo ꝙ non, ex quo licet dicta clausula, & iuramentum operetur, ut id quo'd agitur possit sustineri per alium modũ, non tamen operatur circa aliud, de quo dispositum non fuit l.fi.C.de nõ nume.pec.l.fi.§ qui fatis da.cog.Bar.in l.si quis pro eo col. si infra.de fideiussoribus. Et propterea in casu quæstionis nostræ stipulatio non poterit sustineri in æstimatione, quia æstimatio in proposito dicetur diuersas res ab illa re promissa, & propter dictã clausulam, & iuramentum non debet extendi stipulatio ad aliã rem l.si unus § ante omnia ff.de pac. Accedit quia in casu huius conclusionis non uidetur tractari an per dictam clausulam, & per iuramentum sustineatur id, quo'd agitur, sed an dispositio possit ualere in eo, quo'd est omnino diuersum ab illo, de quo agitur. Et propterea etiã dico, quo'd per dictam clausulam, seu iuramentũ nõ posset fieri, quo'd ualeat uti agi potuit id quo'd non potest ualere uti agebatur, ubi de eo, quo'd agi potuit, esset aliquid plusquam in eo, quo'd agebatur Arg.d.l.fi.C.de non nume.pec.& per ea quæ dicemus infra.in tertia conclusione. Alia est dubitatio, an propter iuramentũ transactio, quæ non potest ualere uti transactio, ualeat in uim pacti gratuiti, de qua tractant doc. ordinarie in l.si causa cognita C.de transac. Et circa eam sunt opiniones. Nam Bar.& magis communiter alii concludunt ualere in uim pacti, ut attestatur Ias. in d.l.si causa cognita Bal.tamen & plerique alii tenuerunt oppositum. Ego in præsentiarum nõ discutio præsentem dubitationem, sed remitto me ad ea quæ per alios dicuntur in d.l.si causa cogni
5 ta. Secunda conclusio est † Quo'd quotiens per id quo'd agi potuit non inducimus dispositionẽ diuersam ab illa, quæ agebatur, ex quo id quo'd agi potuit inducitur, & causatur ex illa dispositione, quæ agitur, semper ualebit eo modo, quo agi potest & dicetur constare legitime de uoluntate disponentis, ut ualeat eo modo quo agi potuit. Ratio huius conclusionis est euidẽs, quia cũ ad sit legitimus consensus circa constituendum ipsam dispositionem quæ agitur, utique constat quod etiam ad sit consensus circa omnes effectus naturales, qui possunt ab ipsa dispositione causari l.si duo ff.de acqui.hære. Vnde semper constabit adesse consensum circa id quo'd agi potuit, quod illud est de effectu. Qui causatur & inducitur ex illa dispositione, quæ agitur.

Hanc conclusionem præsupponunt Barto.& cõiter alii, dum concludunt, quo'd semper procedit regula affirmatiua, ut ualeat eo modo quo agi potuit, quando inter id quo'd agebatur, & id quo'd agi potuit est solum differẽtia in commo-
6 do, non in constituendi modo. † Nam tunc dicetur esse differentia solum in commodo non in constituendi modo quando illud, quo'd agi potuit, potest ualere absque eo quo'd induceamus aliam dispositionem diuersam ab illa quæ agebatur, uerum potest induci & causari ex illamet dispositione, quæ agebatur. Nam non potest dici differentia in modo constituendi, cum utrunq; constituatur ex eadem dispositione solum dicetur differentia in modo constituendi, quando id quo'd agi potuit non potest ualere, nisi inducendo aliam dispositionem diuersam ab illa, quæ agebatur, ex quo dum constituitur non per illam dispositionem, sed per aliam, dicetur differentia in modo constituendi. In terminis huius cõclusionis procedit dec.tex.in l.si tã angusti ff.de seruituti. Et in l.uia ff.de seruituti rustico prædio nã illa cõmoditas itineris, uel actus, quæ solũ potuit acquiri propter angustiam loci, inducitur, & cau

fatur exillamet dispóne concessionis uiæ, quæ agebatur, non autem per aliam diuersam quinimo diceretur esse seruitus uiæ, de qua agebatur, nõ autem alia seruitus, quamuis contineat solũ com moditatem itineris, uel actus quod etiã præsupponit Bar. hic dum dixit, quod in casu dictarum legum non est differentia in modo cõstituendi, sed solum in cõmodo. Hoc idem præsupposuerunt Comen & Ias. dum dicunt quod in d. legib. iter, uel actus continetur sub seruitute uiæ, & hoc aliter esse non põt, nisi dum accipitur pro cõmoditate itineris, uel actus, quia si acciperetur pro seruitute itineris, uel actus, non esset seruitus uiæ, sed seruitus diuersa l. prima ff. de seruituti, rustico, prædio l. prima ff. de adimen. lega. Hoc etiã præsupponit tex. in d. l. si tã angusti in his uerbis. Iter magis. quam uia aut actus acquisitus uidebitur. Nec obstat tex in d. l. Via in his Verbis alioquin iter erit non uia quia in d. l. illud nomen itineris, uel uiæ non accipitur pro seruitute itineris uel uiæ, sed pro ipso loco aptato ad iter uel uiã, ut patet ex illis uerbis. Via constitui uel latior octo pedibus, uel angustior põt &c. & dicetur in l. quarta § Cato. infra. eo. Et aduertendũ est, quod licet Ias post cõmen. dicat, quod ista cõclusio nõ probatur in d. l. si tam angustia & in d. l. Via, quia si ualuit in ea commoditate, de qua agi potuit, illud est quia id, quod agi potuit continetur in eo, quod agebatur, ex quo seruitus uiæ, de qua agebatur, quæ est amplior, cõtinet seruitutẽ itineris, uel actus, quæ est minor. Attamẽ ista solutio pertinet solum ad limitandum præfatã conclusionẽ ad casum quando illud cõmodũ de quo agi potuit, sit minus eo, de quo agebatur. Quæ tamen limitatio non est uera, quia ut statim dicetur, præsens cõclusio procedit quãuis in eo quod agi potuit, sit plus quam in eo, quod agebat. Et quãuis Imo. & Aie. in l. qui Ro. § duo fratres in eo. quos etiã hic refert Ias dicant quod in d. l. si tam angusti, & d. l. Via ageretur solũ de seruitute itineris, non aũt de seruitute uiæ ex quo fuit demonstrata latitudo loci ad oculum corporis, uel ad oculum intellectus, & uidetur actũ de eo, quod fuit demonstratum per oculum magis quam de eo, quod denotatur per ipsum nomẽ uiæ, quod fuit expressum. Arg. eo. quæ notãtur per glo. in l. quæ extrinsecus. infra. eo. tamen istud nullomodo potest procedere, tũ quia dicta iura procedunt quãuis expresse dictũ esset quod concedebatur ius eundi agendi, & uehiculũ ducendi, quo casu negari non potest, quin esset actũ de cõcessione uiæ, & quia sola demõstratio situs, uel latitudinis loci non significat aliquam seruitutem, sed illa solũ significari potest per illud nomen uiæ, quod fuit expressum. Vnde ad cognoscendum speciem seruitutis de qua agitur, necesse est, quod attendamus nomen expressum, non autem attendamus demõstrationem loci. Id autem quod dicit glo. in d. l. quæ extrinsecus, procedit quando res de qua agitur sine expressione nominis põt per solam demonstrationem ad oculum denotari. Ista conclusio procedit non tãtum in casu, quo in eo quod agi potuit, sit minus, quam in eo, quod agebatur, sed etiam quando in eo, quod agi potuit, sit plus, quam in eo quod agebatur, quoniã per illud, quod fuit additum, uel ad limitandum, uel restringendum id quod agi potuit, non uidetur sublatus consensus circa illud, quod agi potuit, præter quã in casu quo propter illud, quod fuit adiectum, colligitur, quod disponens habuit animum irritandi dispositionem, quæ agebatur & ut dixi. In terminis huius conclusionis procedit & loquitur tex. in d. l. si tam angusti, & in d. l. Via loquitur etiam tex. in l. Sancimus. C. de donatio. procedit etiam, quod annotant Doc. in l. Stipulatio ista § alteri infra eo. dum uolũt, quod illa stipulatio facta Alteri quæ non potest ualere quo ad effectum utriusq; obligationis ciuilis uidelicet & naturalis, prout agebatur, ualeat tamen quo ad effectum naturalis uti agi potuit. Et procedit tex. in l. prima. infra. de nouationi, & quod ibi notat Bar. de promissione facta a pupillo sine Tutoris aucto. per stipulationem quæ ualet ut potest uidelicet quo ad naturalem obligationem. Procedit etiam quod decidit in l. si stipuler. § fi. & in l. si quis stipulatus § Grisogonus. infra. eo. & in l. certi condictio § quoniam ff. si cer. pet. de illa stipulatione quæ interponitur super aliquo contractu, ut tamen ualeat contractus ille licet non ualeat stipulatio. Non etiam in casu isto inducitur dispositio diuersa ab illa, quæ agebatur. Quoniam utrunque agebatur, stipulatio uidelicet, & contractus. Procedit etiam illa conclusio, quod accepti latio in utilis ualet in uim pacti de nõn petendo. l. si unus § si accepti latio ff. de pac. l. si acceptolatum l. an inutilis. infra. de acceptilationi, secũdum uerum intellectũ, quem infra declarabo. Nam quia in acceptilatione semper includitur pactum de non petendo, dummodo sit cõsensus circa acceptilationem, ut præsupponunt prædicta iura, propter id quod ualeat in uim pacti. prout agi potuit, non inducimus nouam & diuersam dispositionem. Procedit etiã decisio l. multum interest. infra. eo. uidelicet, ut illa obligatio ex stipulationes quæ nõ potest dissolui per solutionẽ rei promissæ propter incapacitatem promissoris, possit dissolui propter solutionẽ æstimatiõis. Nã per hoc nõ iduci-

mus diſpoſitionē diuerſam ab ea, quæ agebatur: de quo tamē tex. in d.l.multum, quia indiget aliqua declaratione, aliqua infra dicemus. Et prædicta loquuntur, & procedunt quando in eo quod agi potuit eſt minus quam ſit in eo quod agebatur. Sunt modo alia iura, quæ loquuntur, & procedunt etiā in caſu, in quo ſit plus in eo, quod agi potuit, quam in eo, ꝙ agebatur. In quo caſu loquitur tex. in l.1 § Item ſi ex fundo. Et in l. hæreditas ex die ff de hære. inſtituen. Patet.n. in caſu d.leg. quod plus eſt in eo, quod agi potuit quam in eo quod agebatur. Et tamen procedit regula affirmatiua, cū ex eo, quod agi potuit, nō inducimus diſpoſitionem diuerſam ab ea, quæ agebatur. Illa enim inſtitutio de tota hæreditate & de perpetuo tempore, quæ agi potuit, eſt eadem cum illa inſtitutione quæ fuit limitata ad certas res, uel ad certū tempus, quæ agebatur. Vt uult tex. in d.§ Item ſi ex fundo, in his uerbis: Valet inſtitutio detracta fundi mentione. Nam in utraq; inſtitutione ſiue limitata ad certas res, ſiue ſimpliciter facta, principaliter diſponitur de eadē ſucceſſione perſonæ illius defuncti, res uero particulares ueniunt ſecundario & in conſequentiam in ipſa inſtitutione l.1 § Sceuola. infrà. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti l. legatum eſt ff. de lega. ſecundo. Et diximus alias in rub & l.1. ff de leg.1. Loquitur ēt & procedit in his terminis c. Diaconus 28. diſtinctione. agebatur enim in tex. illo., quod ſacer ordo ſuſciperetur abſq; eo quod ſuſcipiens obligetur ad continentiā, & eo modo non poteſt ualere, ualet ut agi potuit, uidelicet cū dicta obligatione ad continentiam. Et ſic licet ſit plus in eo, quod agi potuit, quam in eo, quod agebatur: tamen quia non inducitur per id, quod agi poteſt diſpoſitio diuerſa ab ea, quæ agebatur, ualet eo modo quo agi potuit. Procedit etiā deciſio. tex. in c.cum M. de conſtitutioni. Agebatur enim electio Canonici ea lege, ne capitulū teneretur prouidere illi de prebenda Non ualet eo modo, quo agitur, ualebit eo modo quo agi potuit, uidelicet cum dicta obligatione quod capitulum teneatur illi prouidere de prebenda, quamuis ſit plus in iſto, quod agi potuit Et ratio eſt, quia illud quod agi potuit, inducitur, & cauſatur ex eadem diſpoſitione, quæ agebatur. Non autem ex alia diuerſa. Procedit etiam dec tex. in l. Libertas ad tēpus & l. & ideo ſ. de manum. ſed teſta.

Iſta concluſio procedit nulla habita diſtinctione, An agatur de obligatione contrahenda an de diſſoluenda, & nulla habita diſtinctione an ſit defectus in materia, an in forma, an in cauſa efficiente. Vt patet ex prædictis, quod ēt uidetur eſſe de mente Bar. hic, dū in caſu, quo ſit ſolū differētia in commodo, non autē in modo conſtituendi, cōcludit generaliter, & indiſtincte ualere eo modo quo agi potuit. Solum limitatur ut non procedat quando apparebit legitime de uoluntate diſponētis, quod non ualeat eo modo quo agi potuit, quia tunc procedet regula negatiua, ut infra dicetur.

7 Tertia concluſio eſt † quod licet id quod agi potuit inducatur & cauſetur, ex alia diſpoſitione diuerſa ab ea, quæ agebatur, & ſic ſit diuerſitas in modo conſtituendi inter id quod agitur, & id quod agi potuit, ſi tamen illa diſpoſitio, quæ agitur includit oēs effectus, qui poſſunt cauſari ex illa diſpoſitione, quæ agi potuit, ſemper procedit regula affirmatiua. Vt ualeat eo modo quo agi potuit, Et legittime conſtabit de uoluntate diſponentis circa illā diſpoſitionē quæ agi potuit. Ratio huius concluſionis eſt euidens, quia cum ex illa diſpoſitione quæ agebatur conſtet eſſe conſenſum circa oēs effectus, qui cauſari poſſunt ex illa diſpoſitione, quæ agi potuit, infertur in neceſſariā conſequentiā, quod ſit conſenſus circa eandē diſpoſitionē. Quemadmodum ex eo quod quis uult conſequens infertur, quod ēt uelit neceſſariū antecedentis l.2. ff. de iuriſdic. om. Iudi. l. nec is l. illud ff. de acqui. hæred. Et quemadmodū qui uult unum, uidetur ēt uelle ea, per quæ ad id perueniturl. oratio ff. de ſponſali l. ad legatum l. ad remmobilem ff. de procuratori.

Iſta concluſio nequit pertinere ad caſum, quando ſumus in dependentib. ex uoluntate unius, & agitur de totali diſpoſitione, quia hoc caſu diſpoſitio, quæ agitur, non pōt includere oēs effectus illius diſpōnis, quæ agi potuit. Et idcirco procedet regula negatiua, ut infra dicetur in concluſionibus regule negatiue. Nec ēt pōt pertinere ad caſum, quando ſumus in his, quæ pendent ex uolūtate unius, & agitur de particulari diſpōne ipſius teſtamenti, ubi illa diſpoſitio, quæ agi pōt, tendit ad alium finē & effectum, ad quē non tendit illa, quæ agebatur, aut illa diſpoſitio, quæ agi potuit continet plus quā illa, quæ agebatur, ex quo in caſu iſto non pōt dici. quod diſpoſitio illa, quæ agitur includat effectus oēs, quos continet illa diſpoſitio, quæ agi potuit, ſed quod cōtineat minores effectus ſeu diuerſos Quinimo procederet in caſu iſto regula negatiua. Vt infra dicetur in cōcluſionibus regulæ negatiuæ. Exemplum eſt in caſu l. ſi ſeruus legatus §. ſi ſeruus alienus ff. de leg.1. & eſt exemplum in his caſibus in quib. directa ſubſtitutio, quæ non pōt ualere iure directo, non trahitur ad intellectum fideicōmiſſarie, Vt in l. uerbis ciuilibus in l. in pupillari. ff. de uulga. & in pluribus aliis caſibus, de quibus infra dicetur.

Nec etiam potest ista conclusio pertinere ad casum quando sumus in his,quæ pendent ex uolūtate duorum . Quoniam ubi id quod agi potest nō potest induci ex illa dispositione,quæ agitur: sed ex alia diuersa dispositione, nunquam illa dispositio,quæ agitur poterit includere effectus alterius,quæ agi potuit:quia si est diuersa dispositio,erit etiam diuersa & separata species obligationis,sed in casu isto semper procedet regula negatiua.Vt infra dicetur.Solum igitur potest exēplificari in aliqua particulari dispositiōe ultimæ uolūtatis facta per uerba directa,de qua quæstio

8 sit. † An ex eo,quia non potest ualere iure directo,uti agebatur,ualeat in uim fideicommissariæ,de qua agi potuit.Nam semper ualebit,dum modo illa directa,quæ agebatur,includat oēs effectus illius fideicommissariæ,& illa fideicōmissaria,quæ agi potuit tendat ad eūdem finem,ad quem tendit illa directa,quæ agebatur. In quib. terminis loquitur tex.ī l.filius familias §.ut quis hæredem.ff.de leg.1.in l.ex facto in princi.ff. ad trebell.in l.cum quis decedens §.scio ff.de leg.3. Nam omnes effectus illius fideicōmissariæ, quæ agi potuit in casu dictarum legum includuntur in illa directa,quæ agebatur,si ualuisset iure directo.Hæres.n.directus.penes quē sunt omnia iura hæreditatis,dicitur etiam habere omnia iura dictæ hæreditatis,quæ possunt transire in fideicommissarium mediante restitutione hæreditatis.Et in terminis huius conclusionis loquitur,et procedit decisio tex.in l.Sceuola ff.ad trebel.Nā illa fideicommissaria,de qua agi potuit in casu d. l.expirat adueniente pubertate,&per illam succēdit pupillo,prout illa directa pupillaris,quæ agebatur Vt dicit Bar in d l.Sceuola & est casus in l si fundus per fideicommissum §.fi.& l.seq.ff. de leg.1.Et ideo illa pupillaris directa,quæ agebatur,comprehendit oēs effectus illius fideicōmissariæ,quæ agi potuit.Procedit ēt & loquitur in terminis huius cōclusionis decisio l. precibus C. de

9 impuber. † Nam omnes effectus illius fideicōmissariæ,quæ agi potuit, includuntur in illa directa militari,quæ agebatur.Verus.n.intellectus illius l.est ꝙ ille testator tempore testamenti erat miles,& fecerat illam substitutionem directā filio suo post pubertatem etiam pro directa militari,quæ tamen non potuit ualere iure directo , ex quo post testamentum non decessit in militia nec infra annum missionis §sed hactenus insti. de test.mil.Et ideo trahitur ad fideicōmissariam ut latius declaratū fuit in l. Centurio ff.de uulg. In his terminis procedunt & loquūtur illa iura, in quibus dicitur quòd libertas directa , quæ nō pōt ualere in uim directæ libertatis, quæ agebatur,ualeat in uim libertatis fideicōmissariæ,ut in l.cogi.§.sed si seruo ff.ad trebel.in l generaliter §. si seruo pignorato s.de fidcic.libertati.Nā loquūtur in casu,quando fideicōmissaria libertas tēdit ad eūdē finem & effectū,ad quē tendit directa.i. ad grauamen,& præiudiciū eius, ad quē tendit directa libertas.Est uerū ꝙ fauore libertatis inductū fuit,ut non obstante ꝙ fideic. libertas inferat maius præiudicium illi hæredi grauato,quā fuisset illatū per directam libertatē , attamen si non pōt ualere iure directæ libertatis,prout agebatur ualeat in uim fideic.prout agi potuit, ut est casus in d.§.si seruo pignorato.Cum tamen,circūscripto dicto fauore libertatis,aliud esset , quia nunquā ualeret dispō,quæ agi potuit , quando in ea plus est quā in illa,quæ agebatur,ut infra dicetur in conclōnibus regulæ negatiuæ.Ista etiam conclusio pōt exemplificari quādo per illā dispōnē, quæ agi potuit perueniretur ad illā , quæ agebatur. Nā clarum est ꝙ dispō, quæ agitur includit effectus oēs illius dispōnis,quæ agi potuit. Cum per istam perueniatur ad illam,quæ agitur.Et iō in casu isto procedit regula affirmatiua, ut est casus in c.1.de desponsat.impub.in 6.& rō est,quia ex eo ꝙ agitur legitime constabit de cōsensu disponētis circa dispōnem,quæ agi potuit, ex quo per illam peruenitur ad id,quod agebatur d.i.oratio,& d.l.ad rem mobilem. Quarta & ultima est concló,ꝙ semper ualet dispō,quæ agi potuit, quando præsumitur ꝙ uere agatur illud quod

10 agi potuit,magis quā aliud. † Quæ conclusio non pōt habere difficultatem,quia in casu isto apparebit esse consensum circa id,quod agi potuit. Casus aūt huius cōclusionis solet euenire duob. modis Primus est,quādo id quod agitur pōt intelligi uel eo modo,quo agi potuit , uel alio modo,quo agi,nec ualere pōt.Nam lex intepretatur ꝙ agatur eo modo,quo agi potuit , non alio modo l.quotiens in stipulationibus infra. eo l. quotiens ff.de reb dub.Et in his terminis procedit illa decisio gl.cōiter approbata in l.iurisgentium §.igitur nuda ff.de pac.de illa conuentione , quæ fit inter absentes per nūtium uel epistolā.Lex.n. eo in casu interpretatur non agi inter contrahētes de stipulatione & obligatione uerborū , quæ agi non potuit,sed de pacto & obligatione ex cōsensu,de quo agi potuit Procedit ēt illa deci.Bal. in rub.C.de const.pec.uidelicet ꝙ partes intelligantur uelle pacisci,& contrahere obligationem ex consensu,quando in interrogatione actū esset ꝙ responderetur die sequenti.Nam cum nō possit agi stipulatio propter separationem respōsionis ab interrogatione l.continuus in prin. infra. eo.& dictum fuit s in § præcedēti interpretatur lex quod uoluerint pacisci.Alius modus est quādo interuenit solum materia illius actus, qui agi

potuit,non autem eius,cuius nomen sit expres-
11 sum. † Nam lex interpretatur ꝙ agatur ille cõ
tractus,cuius materia interuenit,non autem con
tractus cuius nomen fuit expressum. In his ter
minis procedit deci.l.Insulam ff. de præscri.uer.
& l.si uno ff.loc.procedit etiam decisio Glo.Bar.
& aliorum in l.hactenus § 1.ff.de const. pecu. de
eo qui scienter constituit pecuniam indebitam.
Nam quia in casu illo interuenit solum materia
donationis non aũt constituti, lex interpretatur
ꝙ in ueritate agatur donatio, non autem consti-
tutum cuius nomen fuit expressum,sed quod si-
mulatur constitutum In his quatuor conclusio-
nibus,ut uidetis,procedit regula affirmatiua, ut
ualeat eo modo quo agi potuit,& semper cõsta-
bit legitime de uolũtate disponẽtis circa idquod
agi potuit.Prædictæ tamen oẽs cõclusiones pro-
cedunt,ita demum si nõ sit defectus in eo, quod
agi potuit.Nam si etiam sit defectus in eo, quod
agi potuit,non ualeret,quia nec etiam cẽseretur
posse agi. Et in his terminis loquitur tex.in c. 1.
de postul.prælato.in sexto.Et tex.in § nostro,ut ẽ
declaratum fuit circa tertiam decisionem textus.
Quantum autem ad regulam negatiuam,ꝙ nõ
ualeat uti agi potest, & non potest ualere prout
agitur.Constituo duas cõclusiones, quæ iudicio
12 meo,sunt ueræ. † Prima est,quod non ualet id
quod agi põt quando non põt ualere nisi per aliã
dispositionem diuersam ab ea,quæ agebatur, et
quæ inducat quid diuersum uel maius illo,quod
fuisset inductum ex ea dispositione,quæ agitur.
Hæc conclusio probatur concludenti ratione.
Quia cum dispositio,quæ agi potest, inducat ef-
fectum diuersum ab illo,qui inducitur ex disposi
tione,quæ agitur,nullo modo ex consensu circa
dispositionem,quæ agitur, poterit inferri cõsen-
13 sus circa eam,quæ agi potuit, † quia ex diuer-
sis non fit illatio.l.Papinianus exuli ff.de minori
bus l.si.ff de calumniato.l.naturaliter § nihil cõe
s.de acquir.poss.Idem etiam si inducitur aliquid
plus,quia ex ea quod agitur, ꝙ est minus,non po
test inferri ad aliud maius,quod agi potuit. Nõ
14 enim potest inferri † id quod est plus eo quod
est minus,sed solum ẽ contra l. in eo quod plus
infra de reg.iu.& in c.plus semper de reg.iur.in
6.l.diem § si plures ff.de arbi.& 24.q.4. c. si quis
dederit. Vnde cum non appareat legitime de uo
luntate disponentis,non poterit induci disposi-
tio efficax de eo,quod agi potuit,sed potius in ca
su isto procedet illa contraria regula, uidelicet
quod potui nolui, quod uolui adimplere nequi-
ui,de qua habetur in l.multum C. si quis alteri,
uel sibi.Et in c.cũ semper Abbatia de offi. deleg.
Ex hac conclusione generali cõprobantur quã
plures conclusiones speciales, quæ loquuntur &

procedunt in terminis huius conclusionis.Nam
primo iustificatur illa conclusio Bar.hic, uideli-
cet quod ubi agitur de totali dispõne in his,quæ
pendent ex uoluntate unius, si non ualet uti agi-
tur,nec ẽt eo modo,quo agi põt. Quæ cõclusio
probatur per tex.quem allegat Bar.in l.non co-
dicillum C.de test.Nam dum in illo tex. dicitur
ex eo quod apparet, quem uoluisse facere testa-
men.non posse inferri, quod uoluerit facere co-
dicillos casu quo testam.non ualeret, sequitur ẽt
eius uoluntatem non esse quod legata,& fideicõ-
missa debeantur ex causa intestati,casu quo testa-
men.sit inualidum,ita ꝙ decisio d.l.non pertinet
ad denotandum ꝙ non ualeat institutio exhære
datio,ut arbitrãtur Ias.& Ruin.hic, sed ad deno
tandum quod nec ulla alia dispositio ualeat, uti
ex causa intestati,quod ẽt clarius deciditur in l. 1
ff.de iu.codicil.& in l.si.§ illud C.de codicil. Pro
batur etiam ex prædictis,quia cum dispõ.codicil
lorum,quæ agi potuit, inducat effectus diuersos
ab his,quos induxisset dispositio testam.quæ age
batur. Non.n.facit quod relicta debeantur ex cã
testati,nec quod debeantur ab illo hærede insti-
tuto,sed a succedentibus ab intestato l.conficiun
tur ff.de iu.codicil. Igitur ex illa dispositione te-
stamenti,quæ agebatur, non potest inferri quod
sit consensus circa dispositionem codicillorum,
quæ agi potuit.
Nec contra hanc conclusionem obstat si dicatur,
quod testam.in scriptis,ubi non potest ualere uti
testam.in scriptis prout agebatur, ualet uti testa-
mentum nuncupatiuum, si illo modo agi, & ua-
lere potest,ut dicunt communiter Doct.in l.hac
consultissima § per nuncupationem C.de testa.
cum concordantibus,de quibus per Ias.hic.Et si
militer testam.militis quod nõ potest ualere de
iure communi,prout agebatur. ualet de iure spe
ciali prout agi potuit l.si miles ff.de testam. mili.
quia in casu isto disposita per testatorem dicẽtur
ualere eo modo,quo agitur,uidelicet ex testamẽ
to.Licet testamen.ipsum censeatur factum sub di
uersa forma: quinimo dicetur esse eadem disposi
15 tio testamenti sub quacunque forma fiat.† Quo
niam sicut non constituimus diuersum ius pos-
sessionis propter diuersos modos acquirẽdi pos
sessionem l.1.in prin.l.3.§.genera s. de acquiren.
poss.Ita etiam nõ constituitur diuersum testamẽ-
tum,seu diuersa dispositio testamenti propter di
uersos modos testandi.
Præterea etiam quod fateremur esse aliud testa-
mentum,seu aliam dispositionem: attamen nõ
pertineret ad præsentem conclusionem,quia ex
illo testamento nuncupatiuo,& ex illo testamen
to de iure speciali ꝙ agi potuit causantur idem-
met effectus,nõ aũt diuersi, ab his qui causantur

ex test.in scriptis,& ex testam.de iure cōi,ꝙ agebatur,uerum illud pertineret ad tertiā conclusionem reg affirmatiuæ. Secundo cōprobatur illa cōclusio Bar.hic uidelicet,ꝙ in his quæ pendent à uolūtate duorum,quando est differētia in modo constituendi.Et agitur de obligatione cōtrahenda.non ualet uti agi potuit,quando non potest ualere ĝo mō quo agitur.Ista.n.conclō Bart. loquitur quādo id quod pōt agi inducitur,&causatur ex alia dispōe diuersa ab illa.quæ agebatur, ex quo alias non diceretur esse differentia in mō cōstituendi: quæ conclō Bar. ultra tex. in l. prima §.cum qui ff. de consti. pecu. ubi est casus pro ista conclusione, Probatur etiam manifesta
16 & concludenti ratione. † Nam cum non possit ex consensu circa unam speciem obligationis inferri consensus circa aliam speciē obligationis, ut præsupponitur in tex. nostro, & in § sequenti, & in l. inter stipulantem §. primo infra eo. Ita etiam ex dispositione, quæ agitur, non potest inferri, quod sit consensus circa aliam diuersam dispositionem quæ agi potuit. Ex quo si est diuersa dispositio, erit etiam diuersa obligatio, & consequenter diuersus effectus.

Nec contra hanc conclusionem obstat quod conuentio matrimonii, quæ propter defectum ætatis non potest ualere uti conuentio matrimonii, prout agitur, ualet tamen ut conuētio spōsalium, prout agi potuit cap. primo circa medium de desponsatione impube. in sexto, quia dico, ꝙ licet propter hoc Abba. in c. cum supra de officio dele. recedat ab ista conclusione Bar. Attamen ultra solutionem Gemini a. Ibi & Ias.
17 hic est clara & aperta solutio. † quod ex quo ex illa conuentione sponsalium, quæ agi potuit peruenitur ad matrimonium, de quo agebatur non dicetur ista conuentio sponsalium cōtinere effectus diuersos, ab his qui continentur in conuentione matrimonii, quæ agebatur,& propterea non pertinet ad propositum huius conclusionis, sed procedit in terminis tertiæ cōclōnis positæ.s.circa reg. affirmatiuā,ut ibi dictū fuit.

Nec etiam obstat tex. in l. insulā ff.de præscr. uerb. & in lege si uno ff. locati, & quæ notantur per glo. & Doct. in lege hactenus §. 1.ff. de consti. pecu.quia iura prædicta loquuntur in casu, quo præsumitur uere agi id quod potuit agi non aūt aliud,ut dictū fuit s. in 4. conclōne reg. affirm.Non etiā obstat dictum glo. in l. iurisgentium §. igitur nuda ff. de pac. quia respondetur eo modo,quo s.uidelicet ꝙ in casu d gl præsumitur quod re uera agatur pactū,prout agi potuit, non autē quod agatur stipulatio, quinimo si constaret ꝙ ageretur stipulō,quæ agi non potuit,nō ualeret cōuētio in uim pacti ut dictū fuit s in tex.

Ad notata per Bar. in l. 1.in fi. per illum tex. infra de nouation. & ad notata per glo. & doct. in l. stipulatio ista § alteri infra eo. de quibus cōt. hanc conclusionem Bar. opponunt Doct. ubi stipulatio, quæ non potest ualere quo ad utranque obligationem naturalem, uidelicet & ciuilem, prout agebatur, ualet quo ad naturalem tantum prout agi potuit. Respondetur, ꝙ ista non pertinent ad casum præsentis conclusionis quæ loquitur in casu quo id, quod agi potest, non potest ualere nisi per dispositionem diuersam ab ea, quæ agebatur. Et sic quando est differentia in modo constituendi, sed solū loquuntur in casu quando potest ualere per eandem dispositionem, quæ agitur, ita quod sit solū differentia in commodo. Et propterea pertinent ad secundam conclusionem regulæ affirmatiuæ ut ibi dictum fuit. Similiter est solutio ad aliud, de quo opponunt Doct. uidelicet quod ingressus in fundum qui non potest ualere in uim retentionis possessionis, prout agebatur, ualet tamen in uim acquisitionis, ut concludunt Bar. & Doc. communiter in l. 3. in prin. reprobata glo. ibi ff. de acquirē. possess. Quia ille effectus acquisitionis, de quo agi potuit, inducitur & causatur ex illo actu ingressus facto etiā animo retinendi possessionem est.n. efficax etiam ad acquisitionem possessionis, ut ibi annotat Bar. per tex. in l. 2. C. communia utriusque iudicii cum aliis concordantibus, de quibus per eū ibi non autem causatur ab alio actu diuerso ab illo, qui agebatur. Tertio iustificatur illa conclusio Bar. & cōis, uidelicet ꝙ in his, quæ pendēt à uolūtate duorū si sit differētia in mō cōstituēdi, & agitur de cōtrahē. obli. si nō ualet ꝙ agitur propter defectū causæ efficiētis, nec etiā id quod agi pōt: quæ conclusio cōprobatur per tex. in l. multū interest infr. eo. in. 1. respōso. Quatenus ibi decitur. ꝙ si nō ualet stipulō in re promissa propter incapacitatē stipulatoris, non ualebit in æstimatione ipsius rei, de qua agi potuit. Probatur
18 ēt ratione † quia cū illa stipulatio æstimationis de qua agi potuit, sit stipulatio diuersa a stipulatione rei, quæ agebatur, & producat diuersā obligationē, non potest ex consensu circa illā stipulationē rei, quæ agitur inferri ꝙ sit consensus circa stipulationē æstimationis, quæ agi potuit. Et licet Ias. hic post Ant. de Butr. in c. cū super Abbatis de leg in hoc tenuerint oppositū per tex. in c. 1. de postul præl in 6. qui tex nihil facit ut dictū fuit s. in 1. conclōne reg. affirmatiuæ. Et per tex. in d. l. multū interest, secundo responso attamen dicta conclusio est indubitata. Et quātū ad tex. in d. l. multum interest est aduertendum.

ꝙ licet Bar.hic dixerit in casu d.l. agi de obliga-
tione dissoluenda attamen Ias.& Ant.de But.exi
stimant in ea agi de contrahéda oblóne,sed Bar.
in hoc melius sensit. Et pro intelligentia, scien-
dú est,ꝙ ubi stipulatio non pót ualere in re pro
missa,propter incapacitatem stipulatoris , tunc
dicetur agi de contrahenda obligatione. Militat
enim hic qõ,An ex quo propter dictam incapa-
citatem,non potuit cótrahi obligatio in re pro-
missa prout agebatur, contrahatur in æstimatio
ne ipsius rei,prout agi potuit: & deciditur ꝙ nó
per rationé,de qua supra,quia stipulatio de æsti-
matione est de alia re & per consequens diuersa
a stipulatione rei l.scire debemus infra eo. Et in-
capacitas stipulatoris impedit ne posit contra-
hi obligatio in re promissa , ex quo si non est ca-
pax acquisitionis rei, nec etiam erit capax acqui
sitionis actionis ad ipsam rem , sed in casu quo
incapacitas sit solum in promissore,tunc nó di-
cetur agi de obligatione contrahenda, sed de dis
soluéda,ut præsupponit Bar.hic.Non enim hoc
casu potest esse quæstio de eo , an quia obligatio
non posit contrahi in re promissa propter inca
pacitatem promissoris,censeatur contracta in æ-
stimatione,ex quo obligatio uerè contrahitur in
19 re promissa. † Difficultas.n.præstationis , quæ
est in promissore non impedit obligationem l.
2.§.ex quo infra.eo.uerum qõ solum esse potest
de eo,an ex quo dissolutio obligationis non po
test fieri per solutionem rei promissæ,prout age
batur propter incapacitatem promissoris , qui
non potest rem ipsam acquirere , ualeat, & fieri
posit in dissolutionem obligationis,quæ fit per
solutionem,æstimationis,de qua agi potuit . Vn
de hoc respectu dicitur agi de obligatione dissol
uenda. Ratio autem quare in isto secundo casu
ualeat ut agi potuit secundũ Bar.hic est illa,quia
agitur de obligatione dissoluenda, melior tamẽ
ratio est ꝙ ideo ualet quia per id quod agi põt
non inducimus nouã dispõnem, seu nouá obli-
gationem diuersam ab illa dispositione,& obli-
gatione quæ agitur,attento quod ualet & perma
net semper stipulatio & obligatio in re promis-
sa.Et propterea in hoc casu militant termini se-
cundæ conclusionis regulæ affirmatiuæ.Ista con
clusio procedit absq; dubio etiam in casu quádo
agitur de dissoluenda obligatione, quoniam si il
lud,quod agi potuit , non potest induci nisi per
dispositionem diuersam ab ea,quæ agebatur , &
quæ inducat effectus diuersos ab his, quos indu-
cit dispositio,quæ agitur,nunquã ualebit eo mo
do quo agi potest.Istud patet, quia attento quod
transactio non includit pactum gratuitũ,propte
rea remissio,quæ fit per transactionem si nó po-
test ualere eo modo,quo agitur,uidelicet per trã
sactioné,non ualet eo modo,quo agi potuit , ue-
luti remissio per pactũ gratuitũ l. si causa cogni-
20 ta C.de transac.l.suus C.de repud.hæred.† Nam
ratio est quia talis remissio,quæ agi potuit , non
pót ualere nisi inducendo pactũ gratuitũ , cuius
pacti dispó é diuersa a dispóne trãsactionis, quæ
agitur.Et ex hoc dico , quod ea,quæ dicũtur per
Bart.& Doc.circa articulú quando agitur de ob
ligatione dissoluéda,distinguendo an sit defectus
in materia,an in forma,ut primo casu ualeat eo
modo,quo agi potest per tex.in l.si unus §.si ac-
ceptilatio ff.de pac.Et l.si acceptulatũ infra de ac
acceptilationi. Sed in alio casu non ualeat pro l.
an inutilis infra de acceptilationi. Secundũ literá
negatiuã,non fuit uera , nec possunt procedere ,
Verum distinguendum est, ꝙ si id quod agi pót
sustinetur per illam dispõnem,quæ agebatur, &
tunc semper ualebit eo modo quo agi potest dũ
modo sit consensus circa illam dispõnem , quæ
agebatur.Nam isto casu militabit secunda cóclu-
sio regulæ affirmatiuæ,& erit solum differentia
21 in commodo.†Vnde quia in acceptilatione có
tinetur & pactum,quod non petatur, ut præsup
ponit tex.in d.l si unus §.si acceptilatio Et tex. in
d.l an inutilis in principio,declarando , ut infra
dicetur.Et firmant Glo.Bar.& alii in d.l.an inuti
lis §.fi.regulariter si non potest ualere acceptila-
tio eo modo,quo agitur,uidelicet ut liberet debi
torem ipso iure,ualebit semper in uim pacti de
non petendo,prout agi potuit: quia propter id
non inducimus dispositionem diuersam ab ea,
quæ agebatur.Ex quo in ipsa acceptilatione age-
batur etiam de ista pactione ne peteretur.Et ista
conclusio procedit non solum in casu quádo est
defectus in materia,seu causa efficienti,sed etiam
quando est defectus in forma. Nec obstat tex.in
d.l.an inutilis.Nam quicquid dicant Doc.circa
22 illum tex. † Ille tex.secundum uerum intellectũ
nihil aliud decidit,nisi quod tunc pactum de nõ
petendo non contineatur in acceptilatione inuti
li,quando non apparet fuisse cõ sensum circa ac-
ceptilationem,quæ agebatur,sed semper conti-
neri pactum in acceptilatione quotiens appa-
ret fuisse consensum circa acceptilationem, quæ
agebatur,quocunque modo sit inutilis accepti-
latio etiam propter defectum formæ . Et hanc
decisionem præsupponit textus secundum u-
tranque literam . Est enim aduertendum pro in
telligentia illius tex.dum ad illam propositam
quæstionem , uidelicet , An inutilis acceptilatio
habeat utile pactum iuxta literam negatiuam ,
Respondet per hæc uerba. Et nisi in hoc quoq;
consensum sit,non habet pactũ. Hæc uerba non

ſunt accipienda in eum ſenſum, uidelicet, ꝙ ſi nõ ſit conſenſus circa pactum de non petendo, acceptiiatio non habet pactum, prout intelligũt Doctores iuxta quem ſenſum deciſio tex. eſſet, quod non haberet pactum, ſi ultra conſenſum acceptilationis non eſſet conſenſus circa pactum de nõ petendo. Et uideretur præſupponere quod conſenſus circa acceptilationem non includeret conſenſum circa pactum de nõ petendo, & quod in acceptilatione non uideatur agi tacita pactione, ne petatur. Verum dicta uerba ſunt accipiẽda in iſtum alium ſenſum, uidelicet: Et niſi circa ipſam acceptilationem conſenſum ſit, & ut debitor liberetur per acceptilationem, ita ut illud uerbũ, in hoc quoq; accipiatur pro ipſa acceptilatione, ſeu pro eo, quod debitor liberetur per acceptilationẽ, acceptilatio non habet pactum, ita ꝙ deciſio tex. ſit, quod ſi non adeſt cõſenſus circa id quod manifeſte agitur in conuentione acceptilationis, non ẽt dici poſſit eſſe conſenſum circa pactũ de non petendo, ſeu de eo ut non petatur deciſio ſolum, & in conſequentiã agitur in conuentione acceptilationis, & in eundem ſenſum accipiẽda eſt reſponſio iuxta literam affirmatiuam, dum legitur. Et niſi in hoc quoq; contra ſenſum ſit, habet pactum. Nã ſenſus eſt, Et niſi in hoc quoq;, uidelicet quod fiat liberatio per acceptilationẽ, contra ſenſum ſit, habet pactum: adeo quod ſiue legatur iuxta literam cõem, quæ eſt negatiua, ſiue iuxta aliam, quæ eſt affirmatiua, reſultabit ſemper idẽ ſenſus, & eadem deciſio, uidelicet quod omni caſu, quo fit conſenſus circa id, ut fiat liberatio per acceptilationem, acceptilatio habebit pactũ, quãuis ſit inutilis, non habita diſtinctione, an ſit inutilis propter defectum formæ, an propter defectũ materiæ Et concordabit tex. ille cũ textu in d l. ſi unus §. ſi acceptilatio ff. de pac. Et cum prædicta conclõne, & quod tex. ille in prædictis uerbis habeat iſtum ſenſum, & intellectum declarãt uerba ſequentia. Nam dum quæritur an ſit poſſibile nõ eſſe conſenſum, quæſtio, & reſponſio non poteſt accipi, niſi de conſenſu acceptilationis, ſeu de eo, quod liberatio fiat per acceptilationem, quia dũ exemplificat caſum in quo poſſibile ſit non eſſe conſenſum tex. utitur iſtis uerbis, Fingamus eũ qui accepto ferebat ſcientẽ prudentemq; nullius momenti eſſe acceptilationem ſic accepto tuliſſe. Quæ uerba expreſſe pertinent ad denotandum non fuiſſe conſenſum circa acceptilationẽ, & circa id quod fiat liberatio per acceptilationem Accedit quia tex. ille ex hoc quod dixerat i caſu propoſito non eſſe conſenſum circa id, ut fiat liberatio, facit illã illationẽ, quod in caſu prædicto ſic indubitatum non ineſſe pactũ in dicta acceptilatione, cum non habuerit conſenſum paciſcẽdi reſultat quod intentio tex. fuit dicere, ſi conſtat nõ fuiſſe conſenſum circa liberationẽ per acceptilationem, de qua manifeſte agitur, non poſſe dici quod ſit conſenſus circa liberationem per pactũ de nõ petẽdo. Ita quod tota difficultas illius tex. conſiſtit ſolum in exemplificando, quando cẽſeri poſſit fuiſſe factam acceptilationẽ ſub tali mõ, & forma, ſub qua is, qui accepto ferebat, ſciret illam eſſe nullius momẽti eo propoſito ut faceret actum nugatorium, ꝙ ẽt infra declarabitur. Et reuera nunquam negari põt, quia ſemper acceptilatio habeat pactum de non petendo quotiens ſit conſenſus de eo, quod fiat liberatio per acceptilationem, quia ultra quod iſtud firmant Glo. Bar. & alii in d l. an inutilis §. fi. & illud expreſſe dicit tex. in d. l. ſi unus §. ſi acceptilatio manifeſte ẽt patet ad ſenſum. Vnum ſolum uidetur obſtare contra prædictum intellectum, quia prima facie prædicta uerba. Et niſi in hoc quoq; cõſenſum ſit, uel contra ſenſum ſit, ſecundum aliã literam, non uidentur poſſe accipi in illum ſenſum, uidelicet de acceptilatione, ſeu de eo ꝙ fiat liberatio per acceptilationem attẽto, ꝙ illa dictio, quoq;, cũ ſit implicatiua denotat ꝙ tex. non loquatur de conſenſu circa acceptilationem, ſed de conſenſu circa aliud, Attamen ad illud eſt clara ſolutio, ꝙ illa dictio, quoq;, non implicat alium conſenſum, ſed aliud factum, ut ſenſus ſit, non ſufficere ꝙ ſit facta ſtipulatio, ut cenſeatur eſſe pactum de non petendo, quia niſi in hoc quoq; cõſenſum ſit, uidelicet ut fiat liberatio per acceptilationem, nõ habetur pactum, ita ꝙ non denotatur ꝙ tex. loquitur de cõſenſu circa aliud, quam circa acceptilationem, uel circa id, ut fiat liberatio per acceptilationem.

Iſta concluſio procedit etiam in his, quæ pendent ex uoluntate unius, & agitur de particulari diſpoſitiõe, quia omni caſu quo id, quod agi põt inducitur, & cauſatur ex alia noua diſpoſitione diuerſa ab illa, quæ agebatur, & quæ inducat aliquid diuerſum, uel maius eo, ꝙ fuiſſet inductum ex illa, quæ agebatur, nũquam ualeret eo modo, quo agi poteſt per ea, quæ ſupradicta ſunt. Et ideo illa ſubſtitutio directa, quæ cenſetur facta cũ teſtamento filii, & quæ non poteſt ualere in uim directe pupillaris prout agebatur, non ualet in uim fideicommiſſarie, quæ agi potuit, ubi illa fideicõmiſſaria tendit ad alium finem, ad quem non tẽdit ipſa directa pupillaris, quia ſit fideicommiſſaria, per quam non ſuccedatur pupillo, ſed ſolum teſtatori, & quæ non pertineat ad commodũ pupilli, ſed ad eius onus, & grauamen l in pupillari. l. uerbis ciuilibus ff. de uulg & fuſius declaratum fuit in l. centurio. Similiter directa libertas data

seruo alieno,quæ non ualet in uim directe libertatis,nō ualet in uim fideicommissariæ, quæ agi potuit i casu l.si seruus legatus.§.si seruus alienus ff.de leg.1.ea ratione quia illa fideicommissaria libertas pertinet ad grauamen & præiudiciū hæredis ad cuius præiudicium non pertinuisset directa libertas si ualuisset uti libertas directa, quia pertinuisset solum ad præiudiciū Domini illius serui. Parimodo uidemus ꝙ legatum relictum a substituto filii pupilli exhæredati, cui aliquid sit legatū,ꝙ non potest ualere uti relictum ab ipso substituto,prout agebatur, nō ualet uti relictum ab ipso pupillo prout agi potuit l. ab exhæreda ti ff.de lega.1.l cum quidā C. de leg l.qui fundū §.qui filias ff.ad l.falci. Nā ratio est,quia relictū a filio pupillo,ꝙ agi potuit, inducit quid diuersum ab eo, quod fuisset inductum ex dispositio ne relicti ab ipso substituto,quæ agebatur.Vnde infertur ꝙ conclusio Bar.quam facit in his, quæ pendent ex uoluntate unius in casu,quo sit differentia in modo constituendi, & agitur solū de particulari dispositione,ut in casu isto,procedat regula affirmatiua,ut ualeat eo mō,quo agi pōt. Dicta eius conclusio solū pōt sustineri, & procedere quādo illa dispositio, quæ ageretur cōtinet oēs effectus illius dispositiōis, quæ agi potuit, & illa,quæ agi potuit, pertinet ad eundē finem & effectum,ad quem pertinet illa,quæ ageretur,& ut dictum fuit s.in 3.conclusione regulæ affirmatiuæ.Sed nō posset procedere in casu quo dispositio,quæ agi potuit,induceret quid diuersum uel maius eo,quod inductum fuisset ex ea dispōne,

23 quæ ageretur. Secunda conclusio est † ꝙ nūquā ualet eo modo quo agi potuit quotiens constat de uoluntate disponentis, ꝙ non ualeat alio modo,nisi prout agitur.Quæ conclusio non potest habere dubitationem,quia constat de opposita uoluntate ipsius disponentis,ut non ualeat aliter,quā'm ageretur.Ista conclusio exemplificatur.Primo in casu quando expresse dictum eēt, ꝙ non intendit actū ualere alio modo, nisi pro ut agitur,ut est in casu deci.Bar. & aliorum in l. quotiens §.si duo ff.de hæred.instituen.dum cōcludunt ꝙ institutio in re certa,quæ non ualet in re certa,non trahitur ad uniuersum,in quo posset ualere,quando testator dixisset nolo aliter ualere institutionem,quam in re certa. Secundo ēt exemplificari potest in casu quādo esset adiectū aliquid ad denotandum,ꝙ intendebat facere cōtractum,qui non haberet effectum iuris, sed gratia ioci,ut est in casu l.obligationum substātia §. si s.tit.1.Exemplificatur ēt in omnibus casibus, in quibus protestatio adiecta tollit actum, quos casus enumeraui in l.non solum §.morte s. de oper.no.nuncia.uidelicet quando protestatio tendit ad tollēdum aliquod necessarium antecedēs, sine quo non potest ualere id quod agebatur.Vt in l.quia ratio ff.de cond.institutio.& in c.sollicitudinem de appellationi. Et quando protestatio pertinet ad tollendum unum ex substantialibus actus,qui celebratur,quo sublato non posset esse ille actus,ut in l.actus legitimi infra.de re.iur. Et in l.si filius ff de adoptioni.& in c.si.de condi.apposi.Et quando uoluit tollere unum ex substātialibus rei relictæ,sine quo res ipsa esse non potest l.per seruū §. deniq; ff.de usu.& habitatio. Quos casus fusius explicaui in d.§. morte. Nam in omnibus prædictis casibus, quemadmodū constat disponētem non uelle quod actus ualeat eo modo quo agi potuit,puta cum illo necessario antecedente,uel cum illo substantiali actus, seu rei relictæ,quod disponens uoluit auferre,utiq; apparebit mentem ipsius esse,quo'd non aliter ualeat, qua'm agebatur,non autem ullo alio modo,quo agi potuisset.

Tertia est conclusio,ꝙ nunquam ualet eo modo quo agi potuit,quando in eo quod agebatur partes nihil agere intelliguntur, sed quod uoluerint facere actum nugatorium. Conclusio est in indubitata,ex quo in casu isto, non potest inferri consensus circa illam dispositionem, quæ agi potuit l.non solum ad fi.s.tit.1.l.an inutilis infra de acceptilationi. Dubitatio solum cōsistit in declarando quando poterit apparere ꝙ partes nō intendebant aliquid agere, sed facere actum nugatorium. Nam prima facie uideretur dicēdum quo'd istud non possit allegari a partibus, attēto quo'd in celebratione contractus, qui agebatur, dictum fuit quo'd consentiebāt circa illum cōtractū, & eius effectum.Ex quo colligitur quo'd uoluerunt facere actum utilem: Non enim censentur dixisse id quod non sentiunt l.labeo §.idē Tubero ff.de suppellec.lega. Et quia in stipulatione facta inter absentes quæ est nullius momēti propter defectum formæ,tamen partes cēsentur uoluisse facere stipulationem utilē,non nugatoriā: ut præsupponit tex.s.ea.l.in prin.& §. Item uerborum insti.de inutili. stipulationi. dum dicitur quo'd inter absentes impeditur stipulatio non ea ratione quia defuerit consensus,sed quia nō possunt se inuicem exaudire. Et dictum fuit s.circa primam decisionem tex. nostri, dum ex mente Doct.conclusum fuit,quo'd non obstante absentia,constabit partes uoluisse stipulari, ubi expresse dictū sit promitis per stipulationē, quo'd etiā respondetur uelle tex.in l.1.§.eum qui. ff. de consti.pec.dum dicit,eum, qui inutiliter stipulatur, cum utiliter stipulari uoluerit &c. quæ uerba de

notant, quod licet stipulatio sit inutilis, præsumptio tamen sit, ꝙ partes uoluerint utiliter stipulari. Et quamuis præsumptio sit quod partes sciant illum actum, quem faciunt fore inutilem, dũ præsumuntur scire leges l. leges sacratissimæ C. de legi. tamen istud non sufficit ad faciẽdũ, quod censeantur uoluisse facere actum nugatorium. Nam quia expressæ, dictum fuit quod consentiebant circa contractum, & eius effectus ob hoc ꝙ dictum fuit, non põt recedi, nisi constet de manifesta uoluntate in cõtrariũ l. nõ aliter ff. de leg. 3.

Ego circa propositam dubitationem distinguendo constituo duas conclõnes: Prima est ꝙ
24 † quotiens actus, qui celebratur est inutilis nõ propter aliquid, quod sit adiectum per disponentes, sed solum propter aliquid, quod fuit omissum, tunc non apparebit ꝙ uoluerint facere actũ nugatorium, sed ꝙ uoluerint facere actum utilẽ. Quæ conclusio probatur per ea, quæ dicta sunt. Nam procedunt in terminis huius conclusionis quia stipulatio inter absentes non irritatur propter aliquid, quod sit adiectum a partibus, sed solum propter absentiam loquitur etiam & procedit tex. ind. l. 1. §. eum qui, procedit etiã id quod dicitur in textu nostro. Nam quia uiciatur stipulatio solum ex eo quia uerba responsionis sunt omissa, quia fuit facta nutu non colligitur ꝙ uoluerint facere actum inutilem seu nugatorium. Nec huic conclusioni obstat tex. in l. an inutilis, quia procedit, & loquitur in terminis sequentis conclusionis, ut statim dicetur.

Alia est conclusio ꝙ quotiens actus, qui celebratur redditur inutilis, & irritus ex eo quod fuit adiectum ab ipso disponente, quia stante eo quod fuit adiectum, ille actus ualere nõ posset, tunc poterit allegari & dici ꝙ uoluerit facere actũ nugatorium, & quod illud addidit eo proposito, ut actum illum irritaret. Et in terminis huius conclusiõis procedit id quod dicitur in l. actus legitimi infra de reg. iur. Nam ibi irritatur acceptilatio, & etiã alius actus legitimus ex quo adiecta fuit dies uel conditio. In eisdem terminis loquitur tex. in d. l. non solum §. cit. 1. Nã ibi irritatur stipulatio, ex quo fuit adiecta conditio impossibilis. In his terminis loquitur etiam tex. in l. quia ratio ff. de condictioni. institutio. Irritatur enim ibi institutio serui, ex quo fuit additum quod esset hæres sine libertate. Loquitur etiam tex. in l. per seruum §. deniq; ff. de usu & habitationi. Nam ibi irritatur relictum usufructus, quia fuit additũ, quod ex eo usufructu detrahatur usus, sine quo non potest esse usufructus In terminis etiam huius conclusionis procedit tex. in d. l. an inutilis. Debet n. intelligi in casu quo acceptilatio sit inutilis propter aliquid, quod sit adiectum a partibus in ipsa acceptilatione, puta dies, uel conditio. Hoc. n. denotãt uerba illius tex. Dicitur enim, fingamus illum, qui accepto ferebat scientem prudentẽq; acceptilationem nullius esse momẽti sic accepto tulisse. In quibus uerbis ponderandum est illud uerbum, sic, accepto tulisse, quod denotat aliquid fuisse adiectum in acceptilatione, per quod ipsa acceptilatio irritatur, quia illud uerbum, sic, denotat aliquam qualitatem temporis, uel conditiõis, quæ sit inserta in ipsa conuentione acceptilatiõis quasi sensus sit, quod sub tali forma acceptilationem conceperint, per quam acceptilatio nõ posset ualere, alias enim illa dictio, sic, foret superflua Contra §. quibus in prima constitutione C. quia satis fuisset dicere, scientem prudentemq; acceptilationem nullius esse momenti accepto tulisse. Nec contra hanc cõclusionem obstat si dicatur, quod ex quo dictum fuit ꝙ partes consentiebãt circa illum contractum, & ꝙ intendebant facere actum nullum ꝙ ideo a uerbis istis non sit recedendũ d. l. non aliter, quia respondetur quod propter istud quod fuit adiectũ per quod actus ipse irritatur, constat manifeste de opposita uolũtate ꝙ actus potius irritetur, quã quod ualeat sine eo ꝙ fuit adiectũ, & propterea põt recedi ab illis uerbis, quæ significabãt partes uelle facere actũ utilẽ. Nec ẽt obstat ꝙ in casu l. 1. § itẽ si ex fundo & l. hæreditas ex die ff. de hære. institué. & in c. diac. 28. d. & in c. cũ M. de constit. Irritatur actus per id quod fuit adiectum a disponente. Et tamẽ non colligitur ꝙ uoluerit facere actũ nugatoriũ, & inutilem, quia ualet eo modo, quo ualere põt absq; eo quod fuit adiectum. Nam respõdetur, quia in casu d. legum, per id quod fuit adiectũ non põt actus irritari, quia & stãte illo, quod fuit adiectũ, actus tamen remaneret utilis, ut est in casibus d. legum. Et in omnibus aliis casibus in quib. protestatio non tollit actum, quos casus enumeraui in l. non solum § morte ff. de ope. no. nunc. Et iõ nimirum si ex eo non põt colligi, quod uelint facere actum nugatorium, sed conclusio nostra loquitur & procedit, quando impossibile est quod actus ualeat stante eo, quod fuit adiectũ. Ex prædictis infertur quod semper acceptilatio quamuis inutilis ualebit in uim pacti de non petendo, & præsumptio erit quod partes uoluerint facere acceptilationem utilem præterquam in casu, quo acceptilatio irritetur propter adiectionem diei, uel conditionis. Et ultra quod istud probatur ex prædictis, probatur etiam per tex. in l. si unus §. si acceptilatio ff. de pac. Nam dum tex. dicit quod licet acceptilatio sit inutilis, tacita tamen pactione actum uidetur, ne petatur. In qui-

bus uerbis præsupponit, quod in acceptilatione inutili, censeatur esse consensus partium faciendi utilem acceptilationem, & quod in consensu acceptilationis includatur etiam consensus de eo, ut non petatur. Nec dici potest quod tex. ille debeat limitari ad casum, quando acceptilatio est nulla propter defectum materiæ, seu causæ efficientis, ita ut non comprehendat quando est nulla propter defectum formæ, ut arbitrantur Doct. quia tex. ille loquitur simpliciter, & indistinctæ: Et quia conuentio acceptilationis propter defectum materiæ, seu causæ efficientis propriæ non potest dici inutilis, cũ in casu isto dicatur adhuc conuentio acceptilationis, & ualeat in uim pacti l. si acceptolatum infra de acceptil. & l. quacunq; ff. de procur. Et quia in nulla lege dicitur, aut nominatur acceptilatio inutilis propter defectum materiæ, seu causæ efficientis, sed solum potest dici inutilis quando est defectus in forma, quia talis defectus facit quod non sit, nec dicatur conuẽtio acceptilationis.

Nec obstat tex. in d. l. an inutilis: quia ut supra dixi, loquitur quando acceptilatio est nulla propter aliquid, quod fit adiectum a partibus in ipsa acceptilatione. Nec obstat si dicatur, quòd posito quod partes sciant acceptilationem esse inutilem, uel propter defectum materiæ, seu causæ efficientis, uel defectum formæ, semper & indistinctæ dicendum sit, quòd uoluerint facere actum inutilem, & quod acceptilatio non contineat pactum, ut etiam dicebat Bar. in d. l. an inutilis, quia solutio est quod ex quo expresse dictũ fuit, quod consentiebant circa contractum acceptilationis, & circa id quod debitor ipso iure liberetur, nõ potest ex eo solum quia sciant, uel præsumantur scire acceptilationem fore inutilẽ, recedi a dictis uerbis, & dici quod nõ consentiant circa actum acceptilationis, & quòd uoluerint facere actum nugatorium Arg. d. l. non aliter. Concludendum est igitur, quod non solum quando adest solum defectus in materia, & in causa efficienti partes censentur facere acceptilationem utilem, & acceptilatio continet pactum, prout etiã concludunt communiter Doc. in d. l. an inutilis, & in d. §. si acceptilatio, Verum etiam in casu, quo fit defectus in forma, ex eo, quia, uel fit factus inter absentes per nuntium, uel epistolam, uel quia responsio non fit facta per uerba, sed per nutum Nam isto casu partes censeri debent uoluisse facere acceptilationem utilem, & consentire circa acceptilationem ex quo non redditur inutilis acceptilatio propter aliquid, quod fit adiectũ a partibus, sed solum propter id, quod fuit omissum. Et propterea etiam in casu isto ualebit in uim pacti de nõ petendo. Licet Doc. communiter uoluerint oppositum. Et re uera istud non potest in dubium reuocari, tum per ea, quæ supra dicta sunt: tum quia si non obstante absentia censentur partes cõsentire circa stipulationem, igitur etiam censeri debent, quod consentiant circa acceptilationem, & per consequens circa pactum de non petendo quia, ut dictum fuit consensus circa acceptilationem includit consensum circa pactum de nõ petendo d. l. si unus §. si acceptilatio. Et quia cum negari non possit in casu, quo responsio sit facta nutu, quin ex parte interrogatoris sit consensus circa acceptilationem, consequenter apparet quòd sit consensus circa pactum de non petendo Similiter in promissore, qui responderat nuuẽdo, manifeste constat quod sit consensus circa pactũ de non petendo, igitur sequitur quod conuentio ualebit in uim pacti Nam quemadmodum ubi ex parte interrogatoris actum sit de stipulatione, & de alio contractu ultra stipulationem. Et ex parte respondentis actum sit solum de illo alio contractu, non autem de stipulatione, inducitur tamen ille alius contractus, quamuis non ualeat stipulatio l. si stipulet §. si. infra. eo. Ita in casu nostro cum ex parte interrogatoris actum sit de acceptilatione, & de pacto de non petendo, ex parte respondentis nutu agatur solum de pacto de non petendo, debet induci pactum, quamuis acceptilatio non ualeat. Nec obstat tex. noster hic, quoniam loquitur in interrogatiõe, quæ fit ad stipulationem, & obligationem uerborum, quæ non includit consensum, quo ad obligationem cõsensu, & dispositionem pacti nudi, ut dictum fuit supra in tex. Sed conclusio nostra procedit in interrogatione acceptilationis, quæ includit cõsensum pacti de non petendo. Stabit igitur conclusio quod solum in casu, quo acceptilatio fit inutilis propter adiectionem diei, uel conditionis, uel alterius, quod fit adiectum per partes, allegari potest quod uoluit facere actum nugatorium, & quod non contineat pactum de non petẽdo. Et in his terminis loquatur tex. in d. l. an inutilis, pro quo etiam est casus in d. l. actus legitimi. Et hæc sufficiant pro resolutione præsentis tractatus An & quando non potest ualere id quod agitur, prout agitur, ualeat eo modo, quo agi potest.

FINIS.

INDEX.

SVbsequitur ingens illa, & per-
difficilis quæstio, An pœnalis
obligatio nouet principalem,
ita ut cõmissa pœna, res prin-
cipalis desinat esse in obliga-
tione, circa quam Bar. in ulti
ma parte laborat per xl. opp.
& tot in ea fuerunt sententiæ, quot capita, ut as-
serit Castren. in l. prædia §. de act. emp. Ego pro
eius resolutione, & pro reconciliatione omniũ
legum, quæ secundum Doc. uidentur contrariæ,
omissis, quæ dicant, cæteri, quæ tamen infra di-
1 scutiam constituo tres conclusiones. † Prima
est quod principalis obligatio, quæ quæsita sit ex
aliquo interuallo antequam contrahatur pœna-
lis obligatio, nunquam nouatur nec tollitur per
commissionem obligationis pœnalis. Pro hac
conclusione est casus l. apud celsum §. labeo su-
pra de except. doli, ibi enim tex. præsupponit
pro indubitato, q illa obligatio tradendi homi
nem, quæ oritur ex illa sententia, per quam de il
lo homine petito fuit iudicatum secundum acto
rem, non tollatur per commissionẽ pœnæ, quæ
postea fuit promissa sub conditione, si certa die
reus condemnatus, illum hominem non tradi-
derit. Ratio huius cõclusionis est duplex. Prima
quia obligatio iam quæsita non potest tolli nisi
per ueram nouationem l quoties & per totum
titulum infra de nouatio. & est de mente Bar. in
7. oppositione, ut infra dicemus in discussiõe eo
rum, quæ dicuntur per eum: igitur non poterit
nouari per pœnalem obligationem de alia re:
2 † quia diuersitas rei impedit ueram nouationẽ
l. fundum cornelianum infra de nouat. Secunda
3 ratio est † quia in tollendo obligationem quæsi
tam intuemur animũ creditoris l si ex pluribus
in princ. infra de sol. l. emptor § lucius §. de pac.
l. si stichum § fi. infra de nouatio. facit l. id quod
nostrum infra de reg. iu. Bar. infra in septima op
positione igitur non potest fieri quasi nouatio
principalis per pœnalem. Non enim præsumi
potest eum fuisse animum creditoris in stipula-
tione pœnæ, ut per pœnalem stipulationem fiat
quasi nouatio principalis obligationis antea sibi
quæsitæ, quia per istud, ius suum diminueretur,
& debitor diceretur in minus obligatus. Nam
ante stipulationem pœnalem obligabatur præci
se ad principale debitum, & si pœnalis stipulatio
illud nouaret, non obligaretur præcise ad illud,
sed esset in eius potestate, quid uellet soluere, uel
id quod est in principali obligatione, uel pœnã:
& sic diceretur in minus obligari l. grece § si sti-
chum infra de fideiuss. quinimo, ut de ex. infra di
cendis apparebit, ista quasi nouatio, quæ fit per
pœnalem non potest fieri nisi in actu contrahẽ-

di obligationem principalem, quod etiam fuit de merte Bar. post Rai. infra in septima oppo.

Nec huic conclusioni ob tex.noiter hic in fi. & in d.l.obligationum fere § fi.supra tit pri.cũ concord.in quibus habetur, ꝙ principalis obligatio nouatur per pœnalem,quia ista iura non loquuntur in principali obligatione,quã'sit quæ sita antequam contrahatur stipulatio pœnalis, sed in illa principali,quæ inducitur ex eadẽmet dispõe,ex qua inducitur ipsa obligatio pœnalis.

4 Secunda est conclusio † quòd ubi obligatio principalis contrahitur ex contractu,seu dispositione diuersa ab illa, ex qua inducitur obligatio pœnalis,non nouatur per pœnalem,quamuis eodem tempore contrahatur. In his terminis loquitur tex.in l. si quis a socio, & in l. duo societatem supra pro socio. Nam illa obligatio principalis de obseruando cõuenta in societatis cõtractu,quæ inducitur ex ipso principali cõtractu non nouatur per illam obligationem pœnalem, quæ inducitur ex stipulatione, licet incontinenti fuit interposita. Procedit etiam tex. in l.predia.supra de actio.emp nã illa obligatio principalis de obseruando id quod conuenerat in contractu emptionis,& ex illo inducitur, nõ nouatur per obligationem pœnalem,quæ inducitur ex stipulatione eodem tempore interposita. Procedit etiam tex. in l. qui Romæ § flauius infra eo. Nam in casu illius text. illa obligatio principalis de manumittendo seruum,oritur ex illo contractu innominato,qui resultat ex donatione illius serui facta sub illo modo, ut manumitteretur, non aũt ex ipsa stipulatione pœnali, quæ est dispositio diuersa à dicto contractu: unde per illam non nouatur. Procedit etiam & loquitur tex. in d. l. qui Romæ § duo fratres,nã præsupponitur pro indubitato quod illud ius quæsitum ex diuisione, siue sit ius excipiendi,siue agendi, non nouatur per pœnalem stipulationem. Oritur enim ex illo contractu diuisionis, non autem à dicta stipulatione.

Nec huic conclusioni obstant iura, in quibus habetur fieri quasi nouationem principalis obligationis per pœnalem dispositionem, quia, ut statim declarabo,loquuntur in terminis sequentis cõclusionis quando principalis obligatio & pœnalis ex eadem dispositione oriuntur.

Ista cõclusio probatur manifesta & admodũ

5 concludenti ratione † quia si contrahentes ultra dispositionem pœnalem uoluerunt facere alium contractum, seu dispositionem, ex qua oriatur obligatio pœnalis,igitur sequitur quod non uoluerunt illam nouari per pœnalem consequentia patet, quia non aliter fit nouatio in actum contrahendi, nisi inducatur unus contractus tantum, ut etiã tex. in l.cum enim infra de nouatio. & in l. si stipulatus § chrisogonus infra eo.iunctis iis quæ habẽtur per Bar.& Doc. in l.singularia in sexto speciali supra si cert.pet. Nam in d. l. habetur, quod ubi iuxta numerationẽ pecuniæ uel traditionis rei interponitur stipulatio,non sunt duo cõtractus, sed unus tantum stipulationis, ex quo oritur obligatio, & actio, & Bar.& alii in d.l.singularia dicunt istud esse, quia per ipsam stipulationẽ nouatur obligatio & actio,quæ erat contrahenda ex ipsa numeratione seu traditione.Ecce igitur quod unus tantum contractus inducitur, non plures,quando fit quasi nouatio in actu contrahendi.

Hinc est quod ubi fit quasi nouatio principalis per pœnalem lex præsupponit esse unam dispositionem stipulationis seu legati, non plures ut in l. obligationum fere § fi. supra tit pri. in l. cum sine præfinitione in prin. supra quãdo dies leg. ced. & omni casu,in quo uidetur esse plures dispositiones una de re principali, alia de pœnali,infertur non esse quasi nouationem: ut est casus in l. prima § fi. infra de stipulatione seruorum,& rationem huius infra declarabo.

Istæ duæ conclusiones procedunt omni casu, siue obligatio principalis sit ex causa lucratiua, siue ex causa onerosa,nam omni casu,quo principalis obligatio est quæsita antequàm contrahatur pœnalis dispositio, uel inducatur ex alia dispositione diuersa à dispositione pœnali, nunquam nouabitur per ipsam dispositionem pœnalem. Procedunt etiam istæ duæ conclusiones non tantum in casu,quando stipulatio pœnalis incipiat à cõditione eius,quod debetur ex principali obligatione, sed etiam in casu,quando incipit ab eius promissione: casus est in d.l.apud celsum § labeo. Nam ista stipulatio fuit concepta hoc modo. Promittis tradere hominem tali die,& si non tradideris, promittis pœnã; & sic incipit à promissione tradendi hominẽ, de quo est illa principalis obligatio antea causata ex sententia, & tamen non fit nouatio. Est etiã casus in l.duo societatem supra pro socio. Nam stipulatio fuit concepta sub illa forma. Ea ita dari, fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita data, factaue non erunt, xx. dari: & sic incipit à promissione eorum, de quibus erat obligatio principalis ex contractu societatis, & tamen nõ fit nouatio. Et licet tex ille in his uerbis siquidẽ pacto conuento ita stipulati essent &c. uideatur prima facie obstare, tamen non obstat, sed cõcordat, ut dicemus infra declarando sensum & intellectum illius texti.

Tertia

Tertia est cóclusio, q ubi obligatio de re principali inducitur ex eadem met dispositione, ex qua inducitur obligatio pænæ, semper nouatur per pænalem. In istis terminis loquitur & procedit textus noster hic, est enim una stipulatio & de pæna, & de re principali, quæ incipit a promissione rei principalis, Nam dictum fuit promittis Pamphilum, & si Pamphilum non dederis, promittis centum: ita etiam procedit & loquitur d. l. obligationum fere §. si. fuit enim ita concepta stipulatio: promittis nauem facere, & si non feceris, promittis centum. In eisdem terminis procedit & loquitur tex, in l. 1 supra de pænu leg. in l. 1. §. item si ita supra ad l. falc. in l. si pænum supra, quando dies leg. ced. nam in dd. ll. fuit dictũ hæres meus penum dato, & si penum non dederis, dato centum, quo casu patet q obligatio pænus & obligatio quantitatis, inducitur ex eadem dispositione testamenti: quinimo, ut statim declarabo, ex eadem dispositione legati.

Nec contra hanc conclusionem obstant iura, quæ allegantur in contrarium, in quibus dicitur non nouari principalem per pænalé, quia dico, quod omnia prædicta iura probant istam cóclusionem, & omnes alias præcedentes. Nam primo quoad tex. in d. l. apud celsum §. labeo, aduertendum est, quia in casu illius tex. est obligatio de tradendo hominem; & sic. rei principalis ex sententia, Est etiam obligatio tradendi eundem, hominem ex illa conuentione, a qua incipit stipulatio pænalis, & tex ille licet præsupponat pro indubitato quod per obligationem pænalé, non nouant illud ius, quod oritur ex sententia, quod fuit quæsitum antequam contraheretur illa stipulatio pænalis, non tamen negat, quin nouetur illa obligatio tradendi hominem, quæ oritur ex illamet stipulatione pænali, uidelicet a cõuentione, ex qua incipit illa stipulatio pænalis, imo præsuponit quod nouat, dum dicit illum hominé uendicari per stipulatorem, & sic peti in executioné, sententiæ latæ super rei uendicatione, non autem dicit q ad illum hominem agatur actione personali. Idem dicendum est circa textum in l. qui Romæ §. duo fratres. Nam debes aduertere, q in casu illius tex. est ius obligationis quæsitum ex diuisione, quo inuicem fratres obligantur stare, & nõ contrafacere diuisioni. Est etiam obligatio de eodem, quæ oritur ex illa conuentione, a qua incipit stipulatio pænalis, dum post diuisionem inuicem promittunt nihil se contra dictam diuisionem facturos, & si quis contrafecisset promittũt inuicem pænam. Licet igitur textus præsupponat pro indubitato, quod per commissioné pænæ, non nouatur illud ius quæsitum ex diuisione, non tamen negat, quin nouetur ius illud obligationis, quod oritur ex illa conuentione, a qua incipit ipsa stipulatio pænalis, imo præsupponit quod nouetur. Nam dum simpliciter dicit pænam commissam, uidetur præsupponere q ex dicta stipulatione solum posiit agi ad pæná, non autem simpliciter ad totum illud, quod interfit propter contrafactionem, posito quod interfit in plus, quam sit in pæna comprehensum. Vides igitur quod hæc duo iura manifeste probát per obligationem pænalem nouari illud ius obligationis de re principali, quod oritur ex illa conuentione, a qua incipit ipsa stipulatio pænalis, & sic ex eadem met dispositione, ex qua inducitur ipsa obligatio pænalis, & non nouari illud ius quæsitum antea, uel ex alia dispositione diuersa. Idem dicendũ est circa textum in d. l. si quis a socio. Nam in casu dd. ll. potest esse ius obligationis principalis quæsitum ex illo contractu uéditionis, seu societatis, & ex illa conuentione, a qua incipit ipsa stipulatio pænalis. Nam illa iura loquuntur generaliter & indistincte, etiam in casu quo stipulatio pænalis incipiat a conuentione eorum, de quibus fuit conuentum in principali contractu, & tamen præsupponitur non posse agi ad id, quod est in principali obligatione, nisi actione oriente ex illo contractu, non autem actione ex stipulatu, sed ex illa actione ex stipulatu, tantum agi ad pœnam.

Ecce quod illud ius obligationis de re principali, quod oritur ex illa promissione, a qua incipit stipulatio pœnalis, nouatur per pænalem, quia oritur ex eadem stipulatione & dispositione, & tamen non nouatur illud ius obligationis, quod causatur ex ipso principali contractu, diuerso ab ipsa dispositione, a qua oritur obligatio pænalis. Clarius hoc habetur in d. l. duo societatem. Nam in casu illius tex. est ius obligationis de re principali quæsitum ex contractu societatis, & ex illa promissione, a qua incæpit stipulatio pænalis, fuit enim concepta illa stipulatio eo modo: Ea ita dari, fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita ea data, factaue non erunt, xx. dari, & tamen commissa pæna non agitur ad id, quod est in principali obligatione actione ex stipulatu, sed solum actione pro socio, & sic patet nouari ius obligationis principalis ortum ex eadé met stipulatione pænali, sed non nouari

illud quod oritur ex alio contractu diverso. Ita quod ex prædictis potes colligere, quod omnes istę leges concordant cum aliis legibus, quæ dicūt principalem obligationem nouari per pœnalem, & determinant illud idem, uidelicet nouari illam principalem, quæ oritur ex eadem dispositione, ex qua oritur pœnalis obligatio. Vides etiam quod ista iura præsupponunt, quod licet illa principalis obligatio, quæ oritur ex illa dispositione, ex qua oritur obligatio pœnalis, si sit ex causa onerosa, & non lucratiua, quod tamen nouatur per pœnalem.

In terminis huius conclusionis procedit etiā illa decisio, quod ubi in compromisso quis promisit stare sententiæ arbitri, & si non paruerit, promisit pœnam quod commissa pœna nouatur illud ius obligationis, quod posset oriri ex illa promissione, seu ex sententia arbitri etiam a partib. emologata, ut ex illa sententia non possit agi ut per glo. Bart & alios in l. 2. in l si duo supra de arbitris Bar. in l. cū antea C. de arb. Nam ratio est, quia illa principalis obligatio de parendo sentētiæ arbitri, oritur ex eadem dispositione cōpromissi, ex qua oritur obligatio pœnalis, & tamen ista principalis obligatio non est ex causa lucratiua. Procedunt etiam plures aliæ cōclusiones Doct. de quibus infra dicemus.

Iuxta tamen istam tertiam & ultimam cōclusionem stat dubitatio, an uerū sit id quod supra præsupposui, uidelicet esse unam & eandem dispositionem stipulationis, seu legati quoties agitur quod pœnalis stipulatio nouet principalem. Nam prima facie istud uidetur implicare cōtradictionem, quod sit duplex, uidelicet obligatio principalis, & pœnalis, & sit una tantum dispositio, & quod sit una & eadē dispositio de re principali, & de pœna, & una dicatur subrogari in locum alterius. Breuiter respondeo quod illud assumptum supra factum est indubitatum, & probatur legibus, & rationib. Nam primo de hoc est casus in d. l obligationum ferè §. fi. supra tit. 1. Dum enim tex. quærit, an cum stipulor nauem fieri, & pœnam sub conditione si non fiat, sint duæ stipulationes pura uidelicet, & conditionalis, ita ut sequens existens conditio. non perimat priorem, an uero transferat in se, & fiat quasi nouatio, aperte denotat non esse duas stipulationes, sed unam tantum, quoties existens sequens conditio trāsferat priorem in se, & sit quasi nouatio. Est etiam casus in l. cum sine præfinitione in principio supra quando dies leg. ced. ubi enim quod ubi dictum sit. Hæres meus dato pœnum, & si pœnum non dederis, dato centum, quod sit unum legatum & centum peti possunt. Et si dixeris, aduerte quia tex. in uersiculo sequēti uidetur uelle oppositum, dum præsupponit esse differentiam inter casum præcedentem & casum quando solum dictum fuit. Si hæres non dederit pœnum, det centum, quia hoc secundo casu nō sunt duo legata, nam uidetur præsupponere, quod in præcedenti casu sint duo legata. Respondeo quod sensus illorum uerborum, uidelicet non efficitur quod sint duo legata, nō est quod non sint duæ dispositiones legatorum distincte, sed quod duæ res non censentur comprehensę in legato, quod innuitur in uerbis sequentibus, dum ille met tex. subdit. Sed centum legata sub conditione. Quæ uerba referuntur ad res, non ad ipsas dispositiones, & sic quod differētia sit in hoc, quod in primo casu, quādo testator dixit. Hæres dato pœnum, & si pœnum non dederis, dato centum, duæ res sunt comprehensę in legato. Sed quando solum dixit. Si pœnum non dederis, dato centum, sola centum sint in legato, utroque tamen casu sit & censeatur unica dispositio, seu unum legatum. Probatur etiam ratione, quia cum simul & semel in eadem dispositione stipulationis, uel legati disponitur de re principale, & de pœna, colligitur mētem disponentium esse, quod sit una dispositio de re principali. si res principalis soluatur, alias quod illa dispositio desinat esse de re principali, & solū sit, & cēseatur esse de pœna, ita quod commissa pœna, res principalis desinat esse in dispositione, & solum pœna censeatur esse in dispositione, ut est casus in l. 1. §. item si ita ad l. falcidiam uult enim quod ubi dictum sit. Hæres pœnum dato, & si pœnum non dederis, decem dato, quod pœnus ita demum censeatur esse in legato, si in continēti soluatur, alias si in continenti non soluatur, nō dicatur esse in legato, sed solum in conditione, & in legato solum censeantur esse illa decem. Est etiam casus in l. dno societatem supra pro socio, ut statim subdam declarando illum textum: Igitur omnino sequitur quod sit, & censeri debeat una dispositio stipulationis, uel una & eadem dispositio legati & de re principali, & de pœna. Et ad illud quod supra dicebatur, est solutio, quod licet sit duplex obligatio, & de re principali & de pœna, tamen quia non est utraque obligatio simul, sed prius est obligatio de re principali, quę definit ubi incipit illa pœnalis, propterea non debet dici duplex dispositio, sed una, & illa subrogatio pœnæ in locum rei principalis, uel pœnalis obligationis in locū principalis nō dicatur eē in

diuersis dispositionibus, sed in una & eadem dispositione. Fit enim quod illa dispositio, quæ censebatur esse de re, & obligatione principali, desinat esse de eo, & incipiat esse dispositio de pœna. Hæc omnia, ut dixi, præsupponit tex. in d. l. duo
7 societatem. † Pro cuius legis declaratione, & intellectu debes aduertere, quia in casu illius tex. celebrato contractu societatis, subsecuta fuit stipulatio pœnalis, quæ incipit a conuentione eorum quæ promissa fuerant in ipso contractu præambulo in hanc formam. Ea ita dari fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ea ita data, factaue non erunt, xx. dari. Et quæritur an secuta contrafactione possit agi actione pro socio & sic an sit noua ta principalis obligatio ex illo contractu societatis, deciditur, si quidem illi essent stipulati sub hac forma. Ea ita dari, fieriue spōdes, posse quæri de nouatione obligatiōis & actionis pro socio, quia tota res contractus principalis uidetur in stipulationem translata. Sed in casu, de quo proposita fuit quæstio, non posset quæri de nouatione obligationis & actionis pro socio: quoniam nō ita essent stipulati. Ea ita dari, fieriue spondes, sed si ea ita data, factaue non erunt, xx. dari, & ideo non uideri ibi rem principalis contractus in stipulationem peruenire sed duntaxat pœnam, &. nō uideri actum, ut ex dicta stipulatione de utroque obligaretur, uidelicet & de principali, & de pœna, sed solum obligaretur de pœna. Vides igitur, quot tex aperte decidit, quod in casu dictæ stipulationis conceptæ sub ea forma. Ea ita dari, fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita data, factaue non erunt xx. dari, non uideatur actum, ꝙ res principalis sit, uel censeatur esse in stipulatione præcise in casu quo sit contrafactum, sed solū pœnam: & non uideatur actum, ut ex stipulatione obligetur præcise ad rem principalem, sed solum præcise ad pœnam in casu, quo contrafaceret, quinimo in casu contrafactionis rem principalem non censeri in stipulatione, sed solum esse in conditione, & pœnam duntaxat censeri in stipulatione. Dices tu, nonne dum dixit posse quæri de nouatione, & uideri totam rem translatam in stipulationem, ubi dictum fuit, Ea ita dari, fieriue spondes, uidetur præsupponere totum oppositum. Respondeo quod nō, sed sensus tex. est, quod ubi de re principalis contractus, fieret promissio per stipulationem diuersam a pœnali stipulatione, quia dictū esset, Ea ita dari, fieriue spōdes, & tu responderes: spondeo, hoc casu rem principalis contractus censeri præcise deductam in stipulationem, ut esset in petitione etiam post contrafactionem, & iccirco quæri posse de nouatione, sed ubi promissio rei contractus principalis sit in eadem stipulatione cum promissione pœnæ, ut in casu illo, de quo est quæstio, non uideri rem ipsam principalis contractus deductā in stipulationem, ut sit in petitione etiam post contrafactionem uerum quod post contrafactionem censeatur solum esse in conditione & in stipulatione censeatur solum esse pœna. Ex quo tex. sic declarato habes colligere plura, primo quod ubi in eadem stipulatione sit promissio rei principalis cum promissione pœnæ, rem principalē censeri quidem esse in stipulatione si in continē ti præstetur, sed post commissam pœnam nō censeri amplius in stipulatione, sed solum in præstatione, seu conditione, & solum pœnam esse in stipulatione, quod etiam uoluit tex in d. l. prima §. item si ita supra ad l. falc. Secundo, quod uidetur actum, ut de re principali non sit obligatio quoad petitionem ex dicta stipulatione, sed quod solum sit obligatio quo ad petitionem de ipsa pœna, ita tex. ille in his uerbis. Non enim utriusque rei promissorem obligari &c. quod etiā uoluit tex. noster in fine, dum dicit. Quoniam uoluntas fuisse probatur, ut aut homo soluatur, aut pecunia petatur. Tertio quod obligatio rei principalis, quæ inducitur ex eademmet dispositione, seu stipulatione, in qua pœna promittitur, nouatur per pœnalem, quod etiam uoluerunt omnia alia iura. quæ allegantur in hac materia, ut statim dictum fuit. Quarto quod obligatio de re principali quæ oritur ex contractu diuerso a stipulatione, ex qua oritur pœnalis obligatio non nouatur per ipsam pœnalem etiam ꝙ illa stipulatio pœnalis incipiat a conuentione, seu promissione eius de quo est obligatio principalis, ut dixi supra in fi. secūdæ conclusionis. Et ratio colligitur ex prædictis, quia res principalis isto casu nō uidetur deducta in stipulationem. ut ex illa stipulatione de ea sit obligatio quoad petitionem etiā post commissam pœnam, & solum potest dici deducta in stipulationem quoad obligationem & petitionem, quando fuit promissa in stipulatione distincta & diuersa ab illa pœnali, ut dicitur in illo tex. quæ omnia notabis, quia sunt uera, & de mente illius tex. Secundo dubitatur, quare ista quæ fit per pœnalem obligationem dicatur potius quasi nouatio, & non uera nouatio d. l. obligationum ferè §. finali Bart. in quinta solutione primæ oppositionis & magis communiter Doctores dicunt ideo esse.
8 † quia post commissam pœnam est permissa purgatio moræ, usque ad litem contestatam, idest ut soluendo id, quod est in principali obligatione possit impedire prosecutionem pœnæ l. 1. ff. de pœnu. leg. Quæ ratio non est generalis, quoniam licet cef-

ſet purgatio more in caſu, quando ſit adiecta certa dies l. Celſus in prin. ſupra de arb. l. magnã c. eo. dicitur tamen quaſi nouatio. Non etiã placet id quod dixit alex. col. antepenul. & pen. ad fin. poſt alios, quos refert, uidelicet ut ideo dicatur quaſi nouatio, quia non fit ſtatim poſt commiſsionem pœnæ, ſed ſolum poſtquã actor elegit pœnam, quia iſta ratio eſt falſa, quia omni caſu quo principalis obligatio inducitur ex eadẽ diſpoſitione, ex qua inducitur obligatio pœnalis, nouatur ſtatim poſt commiſsionem pœnæ,
9 ut ſupra dictum fuit. † Vera ratio eſt ꝙ ideo dicitur quaſi nouatio, non autem uera nouatio, quia iſta nouatio, quæ fit de principali obligatione per pœnalem, non fit poſt obligationẽ iam contractã, & quæſitam, uel ad tollendam obligationem iam cõtractam, ſed fit in ipſo actu cõtrahendi obligationem principalẽ, & ad impediendũ ne contrahatur obligatio principalis, magis quã ad tollendũ obligationẽ iam contractã, unde non põt dici uera nouatio. Nam uera nouatio fit ſolũ ubi agitur de tollendo obligationem iã antea quæſitam, & cõtractam l. quoties & per totum infra de nouatio Bar. infra. in 7. oppoſit. ſed ubi illa fit in actu contrahendi ad impediendum ne aliqua obligatio contrahatur, dicitur improprie nouatio. Iſtud uolũt Doc. in l. ſingularia circa ui. ſpeciale Bar. ſ. ſi cer. pet. Nam dum Bart. ibi concludit ꝙ ubi iuxta numerationem pecuniæ, uel rei traditionem interponitur ſtipulatio ſuper reſtitutione illius pecuniæ, quod eſt ſolum cõtractus ſtipulationis, & quod ſtipulatio nouat contractum, & actionem, quæ debuiſſet oriri ex numeratione. Dec. & alii mod. dicũt nõ eſſe propriæ nouationẽ actionis, uel obligationis ex numeratione, quia non eſt nata, ſed improprie dici nouationem, quia pertinet ad impediendum, ne inducatur obligatio, & actio ex numeratiõe. Hoc & uoluit Bar. infra. in 7. oppoſitione. Nam, ut ſtatim dicemus in diſcuſsione eorũ quæ per ipſum dicuntur, præſupponit ibi ꝙ quãdo agitur de tollendo, ſeu impediendo aliquam obligationẽ in actu contrahendi, ꝙ tunc non dicatur uere nouatio, ſed quaſi Dices tu, Qño diſpoſitio pœnalis pertinet ad impediendum ne inducatur obligatio de re principali. Nam hoc uidetur falſum, cũ re uera inducatur, & non tollatur ipſa principalis obligatio in actu contrahendi, ſed poſt, dum committitur ſtipulatio pœnalis. Reſpondeo ꝙ ſi cut conuentio de re principali induxiſſet obligationem de ipſa re preciſam, & efficacem ad actionem, & quæ ſaltem eſſet perpetua, per adiectionẽ pœnæ in eadem diſpoſitiõe fit, ꝙ de ipſa re principali non inducatur talis obligatio, ſed ea quæ non ſit efficax ad actionem, & quæ deſinat in cõmiſsione pœnæ: Et ideo iſta nouatio dicitur fieri in actu contrahendi ad impediendũ, ne inducatur illa obligatio de re principali, prout fuiſſet inducta, ſi pœna non fuiſſet adiecta Et licet actũ ſit, ꝙ in effectu obligatio principalis non tollatur antequam cõmittatur pœna, tamen quia antequam ſit quæſita fuit actũ quod nouetur, & tollatur in commiſsione pœnalis obligationis. Ex hoc ſequitur quod in ipſo actu contrahendi dicatur nouari ſub conditione, ſi cœperit deberi pœna, & conſequenter ꝙ ex ipſa obligatione principali tanquam nouata ſub conditione non poſsit agi l. in diem infra de nouat. Dices tu ꝙ imo iſta quaſi nouatio, quæ fit per pœnalem, dicatur fieri poſt principalem obligationem perfectam & cõtractã, ut uidetur præſupponere tex. in l. ſi pœnũ ſ. quando dies leg. ced. in his uerbis dum teſtator dixit. Publicum pœnum dato, ſtatim perfectum eſſe legatum. Reſpondeo ꝙ ſenſus eſt, quod legatũ ſit quo ad uerba perfectum, quia interueniunt uerba, quæ inducunt unũ legatum integrum, ſed non propterea quòd ſit prius diſpoſitum, aut ex eo quæſita obligatio, antequam ſit facta diſpõpœ
10 nalis † quia oĩa contenta in teſtamento dicũtur diſpoſita in ultimo puncto ipſius teſta. l. ſi is qui ſ. de teſt. & ibi Bal. & Imo, no. l. furioſũ & ibi Bald, no. C. de teſt. Idẽ Bal. in l. quid ergo § pœna grauior col. 7. uerſ. Iuxta hoc quæro ſ. de iis qui no. infra. quinimo tex. in d. l. ſi pœnum præſupponit ꝙ diſpõ pœnalis adiecta impediat obligationẽ, & actionem de re principali, dum ſubdit, & cum dicit. Et ſi non dederit, centum, dato, ſub cõditione legatum fundi ademptum uideri in caſu quo centum deberi cœperint. Nã hæc uerba denotãt pœnum, ſeu fundũ uideri eſſe in legato ſub contraria conditione, uidelicet ſi centum non debebuntur, & pœna non committetur l. quod pure ſ. quando dies leg. ced. & l. aliquando ſ. de cond.
11 & demõ. † Et ex hoc habes colligere rationem quare tex. præſupponit eſſe unam diſpõnem, & non plures quando fit quaſi nouatio obligatiõis de re principali per pœnalẽ, & ubi uidentur duæ diſpoſitiones inferat nõ fieri quaſi nouationẽ d. l. obligationum fere § fi. & in d. l. cum ſine præfinitione l. 1. § fi. ſ. de ſtip. ſer. nam ratio eſt, quia in conſequentiam huius quaſi nouationis fit, quo'd res principalis dicatur eſſe in diſpoſitione ſub cõditione, ſi pœna non cœperit deberi, & in caſu quo cœperit pœna deberi, ſolum pœna dicatur eſſe in diſpoſitione, & propterea neceſſe eſt quod intelligatur unica tãtum diſpõ, quia ſolum intelligi põt de una re, uel de principali, uel de pœna, ſed in omni caſu uideri debent duæ diſpões ne

cesse ē ꝙ cesset ista quasi nouatio, quia censeretur esse simpliciter dispō de ipsa re principali, & de ipsa pœna sub conditione quod contradicit quasi nouationi, cuius natura est facere quod res principalis non censeatur esse in dispositione simpliciter, sed solum ita demum si pœna non committeretur. Ex quibus etiam pōt inferri ad resolutionem illius q̄nis, an in casu quo pœnalis nouat principalem possit statim agi ad rem principalē, de qua per Bar. inf. in ult. sua q̄one ubi dicetur.

Deueniēdo nunc ad ea, quæ per Bart. & alios dicuntur circa propositam q. dum Bart. reprobat duas solutiones, seu distinctiones glo in l. si quis a socio s. pro socio, bene loquitur, & ab omnibus approbatur, & eius opinio comprobatur ex prædictis. Quia in casu, quo principalis obligatio inducitur ex illamet dispositione, ex qua inducitur pœnalis obligatio, nouatur & tollitur in totū, & etiam nulla habita distinctione an sit uel non sit plus uel minus in pœnali. Dum etiā Bar. reprobat tertiam solutionem, seu distinctionem, quæ fuit glo. in d. l. duo societatem, quæ dicebat indistinctē fieri nouationem post euentum conditionis pœnalis obligationis, sed non antea, propter duo, ut hic per eum, dicendum est, ut dixi, quod principalis obligatio, quæ inducitur ex eadē dispositiōe, ex qua inducitur pœnalis, nouatur per pœnalem existente conditione pœnalis, ut est casus in d. l. obligationum ferē §. fi. & in d. l. 1. §. itē si ita s. ad l Falc. & d l. si pœnū s. quando dies leg. ced. Et in his terminis procedit opinio glo. sed principalis obligatio, quæ īducitur ex alia dispositione diuersa à dispositiōe pœnali, nec ante, nec post quam existat conditio obligationis nouabitur per pœnalem. Solum isto casu erit uidēdum, an per exactionem pœnæ inducatur liberatio ab eo, quod debetur in principali obligatione de quo infra dicetur. Quo uero ad aliam opinionē seu distinctionem glo. in l. prædia quā sequuntur Franciscus Accursi, Din. & Pet. quos hic refert Bar qui distinguebant inter obligationem principalem, quæ contrahitur consensu, uel ex contractu bone fidei, quæ non nouatur per pœnalem, et illam quæ contrahitur uerbis, uel ex contractu stricti iuris, quæ nouatur per pœnalē. Quam distinctionem reprobat Bar. hic, quia nouatur principalis obligatio & actio ex test. per dispositionē pœnalem d. l. 1. §. item si ita d. l. si pœnum quāuis æquiparetur obligationibus seu actionib. bone fidei l. in minorum C. de re in integrum rest. mino. Alex. hic col. antepen. post Bal. & Raph. quos refert, licet non admittat ita indistinctē quasi nouationem principalis obligationis ex contractu stricti iuris per tex. in l. apud celsum § labeo s. de excep. do. & in l. quamuis C. de usuris, & in l qui Romæ § flauius inf. eo. Tamen in principali obligatione ex contractu bone fidei sequitur præcedentem opinionem ut nunquā moueatur per pœnalem.

12 Adducit illam rationem, † quod ex quo in contractibus bone fidei exigitur exuberātior fides §. in bone fidei inst. de actio æquū est quod ex mora & perfidia debitoris non obseruantis promissa non inducatur liberatio ab obligatione principalis rei. Aduertendū est quod si loquimur in illa principali obligatione, quæ inducitur ex dispositione diuersa a pœnali dispositione, clarum est quod ista differentia non potest procedere, quia neutro casu nouabitur per pœnalem dispositionem, ut s̄ declaratum fuit. Si uero loquimur in illa principali, quæ īducitur ex illa dispositione ex qua pœnalis, dubium est an prædicta differentia procedat. Nam licet clarum sit quod fiat quasi nouatio quoties utraq; obligatio, uidelicet principalis & pœnalis inducitur ex eademmet dispositione quæ sit stricti iuris, non tamen ita uidetur expeditum quando utraq; inducitur ex eadem dispositione, seu contractu bone fidei.

13 † Exemplum ubi dictum esset Vēdo tibi fundū Titianum pro x. & si non tradidero illum intra mensem, ex nunc pro eodem precio, uendo tibi fundum Seianum, Hic n. & obligatio principalis de fundo Titiano, & pœnalis de fundo Seiano inducitur ex eadem met dispōne & contractū uen-

14 ditionis quæ est bone fidei. † Quicquid tamen sit, ueritas est ꝙ inducatur quasi nouatio ēt in casu quando utraq; obligatio inducitur ex eodem contractu bone fidei. Nam si in modo tollendi per ueram nouationē nulla est differentia inter contractus bone fidei, & stricti iuris. l. aquiliana s. de transl. l. 1. in fi. inf. de nouat. inst. quibus mod. tol. ob. § sicut autem, ita etiam non debet constitui differentia in modo tollendi per quasi nouationem. Secundo quia sicut in testamentis in quibus fit larga interpretatio l. in test. infra de regu. iu. sumitur illa coniectura & interpretatio, ut cēseatur actum ꝙ dispositio de re principali transfundatur in dispositionem pœnalem, quando in eadem dispositione dispositum sit de re principali, & de pœna d. l. 1. § item si ita d. l. si pœnum: igitur in contractibus bone fidei sumi debet eadem coniectura, & interpretatio, quamuis in il-

15 lis fiat larga interpretatio. † Non n. fit minus larga interpretatio in test. quām in contractibus bone fidei, uerū inter dictas dispositiones fit æquiparatio l. in minorum C. In quibus causis in integrum restitutio non est necess. Et licet ad istud ultimum respondeant tenentes contrarium, ꝙ ista æquiparatio inter dispositionem test. & con

tractus bone fidei non procedat in omnib. ut de clarat Bar. in l. si hæres §. de eo, quod certo loco, & in l. alias §. de in litem iurando, tamen ista sua responsio non tollit argumétum quia esto quod sit differentia inter actionem ex test. & actionem ex cótractu bone fidei quo ad ea, quæ ex post facto contingunt præter & ultra intentionem con trahentium, prout in delatione iuramenti in lité si res debita non soluatur, ut dicitur in d. l. alias, & quo ad interesse, casu quo solutio non fiat in loco destinato solutioni ut dicitur in d. l. si hæres iuncta l. in bone fidei § de eo quo certo loco, nó tamen est differentia in his quæ censeri possunt disposita a principio ex intentione cótrahentiũ, ex quo non minus in testa. quàm in contractib. bone fidei fit larga interpretatio uoluntatis. Nec obstat quod § adducebatur in contrarium uideli cet non esse æquum, ut debitor in cótractu bone fidei, in quo exigitur exuberantior bona fides, consequatur commoda huius quasi nouationis, & liberationé ab obligatione rei principalis pro pter suam morá, uel perfidiam in non obseruan do promissa, Respondetur quod debitor non có sequitur istud commodum ex mora seu perfidia sed ex potestate sibi reseruata in celebratione có trac., & in ipso actu contrahendi, ut expresse dixit Bar. hic in 8. solutione, & in 7. oppositióe. Et pro ptera in exemplo § relato cócludo. quod existé te códitione fiet quasi nouatio, & solum uéditio. censebitur de fundo Seiano, & fundus Titianus desinet esse in uenditione. Quam ét decisioné in specie firmat Benedictus de Plúbino in l. si quis a socio § pro socio, qué hic refert & sequitur Rip. nu. 64. Est uerum ꝙ in contrarium allegatur decisio Decii cons. xii. qui in terminis deciditur ꝙ ubi Socer promisit centum in doté Genero sol uenda in certo termino. & si nó soluisset ex nũc, prout ex tunc dabat insolutum fundum, ꝙ elapso termino, & commissa pœna, non fit quasi no uatio dictæ promissionis, seu constitutionis do tis, quinimo Gener posset, elapso termino, agere ad pecuniam. Ad hanc decisioné respondet Rip. ꝙ est dubia & forte nó uera per prædicta. Tu ue ro aduerte ꝙ ista decisio nihil obstat, nec loqui tur in terminis nostris. Nam nos loquimur ubi obligatio rei principalis, & pœnalis inducitur ex eadem dispositione, seu contractu bone fidei, & in casu Decii obligatio principalis fit, & induci tur in contractu dotis; & obligatio dandi fundũ inducitur ex contractu dationis insolutum, unde nulla róne pót agi de quasi nouatione, ut § dictũ fuit in 2. conclusione, tanto magis in casu decisio. Decii uidetur actum quod nó fiat quasi nouatio principalis obligationis dandi centum in doté, cum actum sit, quod fundus sit, & censeatur datus insolutum pro dictis centum. Q̃uo. n. posset dici facta datio insolutum pro illis centum, si desine rent esse in obligatione, fateor quidem quod de cisio Decii non procederet casu quo dictum eét, Promitto tibi centum in dotem, & si illa centũ non dedero intra tale tempus, constituo ex nũc tibi fundum in dotem, uel promitto tibi fundũ in dotem, quia hoc casu, cum promissio quanti tatis, & promissio fundi fint factæ in eodem có tractu dotis, omnino induceretur quasi nouatio, & esset idé casus cum decisione Benedicti de Plũ bino § relata, ná uideretur ét in casu isto promis sor reseruasse in sua potestate an uellet dotem es se in quantitate, uel in fundo, quod notabis.

Quo uero ad aliam oppositionem, seu distin ctionem Guil. distinguentis inter principalé obligationem iurisgen. & principalem obligationé iuris ciuilis, quá etiam secuti sunt Din. Iaco. But. & Ral. quam reprobat Bar & cóiter Doc. per ea quæ dicit Bar. dicédũ est, ut dixi §. uidelicet quod quando principalis obligatio inducitur ex alio contractu, seu dispositione diuersa a contractu, & dispositione pœnali, nunquam nouatur per pœ nalem, siue sit iurisgen. siue iuris ciuilis, ubi uero ex eodem met contractu seu dispositione, sem per nouatur, siue sit iurisgen. siue sit iuris ciuilis. Et patet ex prædictis. Aduertendum tamen est ad idquod Bar. dicit respondendo ad l. duo socie tatem § pro socio. Nam uult duo, Primo quod in casu illius tex. illa dispositio non fuit coæqua lis, sed pœnalis tantum. & in hoc bene dicit, quá uis illa stipulatio pœnalis incipiat a conuentióe eorum. de quibus in contractu principali, ut § di ctum fuit declarando sensum illius tex.

Dum ét dicit Bar. quod si esset adiecta stipula tio coæqualis quod fuisset nouata illa principalis obligatio. & actio. pro socio, & quod si post illá coæqualé subsecuta fuisset stipulatio pœnalis per illam non fuisset nouata illa obligatio & actio de re principali, quæ oritur ex illa stipulatione coæ quali. & quod istud est de mente d. l. duo societa tem si bene aduertatur. Opinio Bar. est uera, & de mente illius tex. nam si illa obligatio coæqualis nouat obligationem & actionem ex illo princi pali contractu societatis, ut uult tex. ille. imposi bile est ꝙ ipsa coæqualis stipulatio possit nouari per pœnalem. Ratio, quia quasi nouatio fit dum res principalis desinit esse in stipulatione, & solũ censetur esse pœna. ut § deductum, & declaratum sæpius fuit. Si igitur fieret quasi nouatio ipsius sti pulationis coæqualis necesse esset dicere, quod res principalis desineret esse in stipulatione, & so lum pœna intelligeretur promissa, & propterea

non posset nouari obligatio & actio ex principali contractu societatis, quia res principalis nõ uideretur deducta in stipulationem præcise, sed solum ita demũ si pœna nõ cõmitteretur, ut dictũ fuit § & necesse est si debet fieri nouatio, ꝙ præcise res ipsa in stipulationem deducatur, ut præsupponit tex. ille, si uis ꝙ res ipsa principalis sit præcise deducta in stipulationem, ita ut non desinat esse in stipulatione per cõmissionẽ pœnæ, omnino cessabit quasi nouatio. Ita credo quod uoluit dicere Bar. & bene loquitur. Aduertendum est tamen quod hæc dicta Bart. sunt exemplificanda secundum ea, quæ supra dixi circa declarationẽ d.l. duo societatem, ut intelligatur esse stipulatio de ipsa re principali coæqualis quando est stipulatio distincta a stipulatiõe pœnali, uel quia sit sola stipulatio de re principali absque alia stipulatiõe pœnali, uel quia stipulatio pœnalis subsequatur post perfectã & absolutam stipulationẽ de re principali. puta quia sic dictũ, ea ita dari, fieriue spondes, & tu respondeas, spondeo; & sic perfecta ista stipulatio subdatur alia stipulatio in hũc modum. Si ita data, factaue non erunt, xx. dari. Nam si dictum esset solum: Ea ita dari, fieriue, et si ea ita data, factaue non erant, xx. dari, nõ essent duæ stipulationes, sed una in qua simul & de re principali, & de pœnã disponitur, & non posset dici stipulatio coæqualis. De hoc uero, quod hic dicit Bar. uidelicet isto iure forum præsumi nouationem non tantũ quando post primã conuẽtionem adiiciebatur stipulatio coæqualis, quæ cõtineret plus, sed & quando solũ tantundem, per l qui usumfructũ & l. scire debemus § eo. in quo ut etiã aliqui hic dixerũt Bar. uidetur uoluisse oppositum in l. peti. infra de preto. stipu. non discutio quia non pertinet ad materiam legis nostræ.

Quo uero ad aliã septimam opinionem, seu distinctionem Dini quod principalis obligatio non nouetur, nec transfundatur in pœnalem antequã stipulator eligat agere ad pœnã, sed nouetur postquã elegit. Quam distinctionem Iaco. de Arena. & Alex. admittunt in contractibus stricti iuris, sed non in contractibus bone fidei Pau. uero de Cast. in l. prædia 3. de actio. empti admittit in principali obligatione ex causa lucratiua, sed non in principali ex causa onerosa. Concludẽdũ est, ꝙ ista distinctio, & opinio nullo casu põt procedere ut etiã concludunt cõiter Doct. post Bar.

19 † quia nunquam nouatio fit per electionem pœnæ. Nam si loquimur in ea principali, quæ inducitur ex eadem dispositione cum pœnali, clarum est quod nouat in cõmissiõe pœnæ eo ipso quod existit conditio pœnalis, ut est casus in d. l. obligationum ferẽ §. si in his uerbis. Et existens sequẽs conditio transferat priorem in se, est etiã text. in l. 1. § item si ita § ad l. fal. quem hic allegat Bar. Et licet Alex. hic col. antepe. soluat. Tamen solutio sua ad tex. in d. l. obligationum fere §. si. non tollit argumentum de illo tex. in prædictis uerbis, sequens cõditio &c. Aut uero loquimur in principali obligatione, quæ non inducitur ex eadem dispositione, ex qua pœnalis, quo casu non inducitur nouatio per commissionem pœnæ, tunc & non inducetur per electionem pœnæ, uerum solum potest induci per exactionem pœnæ ope exceptionis doli, secundum distinctionem, de qua inf. dicemus l. prædia § de actio. empti & l. si quis a socio § pro socio.

Quo uero ad opinionẽ & distinctionẽ Bart. quã cõiter approbant Doct. ut attestantur Alex. & Mod. hic, quod principalis ex causa onerosa nunquã nouatur per pœnalem, sed nouetur principalis ex causa lucratiua per rationem, de qua per Bar. hic dicẽdum est, ut § dixi, uidelicet quod nullo modo possit procedere. Nã si principalis inducitur ex contractu, seu dispositione diuersa ab illa, a qua inducitur pœnalis, nunquã fiat quasi nouatio per pœnalem etiam quod sit ex causa lucratiua, ut § dictum fuit in 2. conclusione. Si uero inducitur ex eodẽ contractu uel dispositione, ex qua pœnalis, semper nouatur per pœnalem & quod sit ex causa onerosa, ut probat tex. § l. apud celsum §. labeo § de excep. doli, & in d. l. si quis a socio, & in d. l. prædia, & in d. l. qui Romæ §. duo fratres inducendo, ut § dixi in tertia conclusione & eo maxime, quia tex. noster hic & in d. l. obligationum fere §. si. loquuntur generaliter nõ habita distinctione, an obligatio illa de re principali sit ex causa lucratiua uel ne. Nec obstat quod in causa onerosa, pœna uideatur adiecta in fauorẽ creditoris, 4. § si pignora § de re Iud. quia solutio est, ut statim subdam.

Dum Bar. hic uidetur uelle quod in cã onerosa, pœna uidetur adiecta in fauorẽ creditoris, sed in causa lucratiua, in fauorem promissoris, & infra in 7. oppositione dicit quod solum inspicitur animus promissoris, quod cẽseatur reseruasse in potestate sua quid eorum solueret in casu, quando simul & semel stipulor fundum dari, & non dederis pœnam, aduertẽdum est Bar. firmare noluisse hanc distinctionem inter cãm lucratiuã, & onerosam in casu, quo promissio pœnæ non fiat simul in eadem dispositione cum principali, nã hoc casu præsupponit nunquã posse dici factam promissionem pœnæ in fauorem promissoris, sed solum in fauorem creditoris, siue sit cã lucratiua, siue onerosa. Et istud est quoties post cõtractã obligationem de re principali ex interuallo

adiicitur promissio pœnæ. Hoc enim casu in tollendo obligationem iam quæsitam inspici debet animus creditoris, ut dicit Bar. in 7. oppos. & dixi s in 1. conclusione. Idem quando eodem tépore fit promissio de re principali dispositione, seu cótractu diuerso ab eo, in quo fit promissio pœnæ, quia ex hoc apparet quod uoluit obligationem de re principali esse præcisam, non autem sub illa conditione si pœna non committatur. Nam ubi ageretur, q pœna cómissa solum esset in obligatione & dispositione pœna, diceretur unus tantú contractus, non duo, ut dixi s in secunda & tertia conclusione, & ideo non pót censeri adiecta pœna nisi in fauorem creditoris: & Bar. recte sensit, si istud uoluit, sed in casu quo promissio pœnæ fiat simul in eadem dispositione cum pœnali firmat Bar. hanc suá distinctionem inter cám lucratiuam, & onerosam, ut ubi causa sit lucratiua, tunc dicatur facta in fauorem promissoris, sed ubi sit onerosa in fauorem creditoris, & Bar. in hoc, iudicio meo, non recte sentit, ná hoc casu licet causa sit onerosa generaliter, & indistincte concludendum est, quod uideatur facta et in fauorem promissoris. Ratio est, quia in actu cótrahendi obligationé de re principali, & de pœna, simul intuemur animum promissoris, quatenus uerba illi possunt adaptari, siue sit causa lucratiua, siue sit causa onerosa. l. quicquid adstringendæ in principio. s. eo. unde cú uerba isto casu nó repugnent, quin censeri possit actum, q res principalis sit in dispositione & obligatióe ita demú si pœna non committatur, alias solú pœna sit, & censeatur esse in obligatione & dispositione, propterea præsumitur eum fuisse animum promissoris. Ad quid. n. simul in eadem dispositione fieret promissio de utroque & non separatim in diuersis dispositionibus nisi ad hunc effectum, quæ ratio militat, ut dixi, siue sit & c. causa lucratiua, siue ex causa onerosa, & licet Bar. hic distinguat in ter unum & alium casum inf. tamen in 7. oppos. non distinguit. Et aduerte, quia nó dico simpliciter pœnam esse adiectam in casu isto in fauorem promissoris, prout aliqui Moder. arbitrantur uel le Bar. & ideo reprehendunt, sed dico q promissio de utroq; i. de principali, & de pœna censeatur in fauorem promissoris facta simul, & similiter q in fauorem creditoris dicatur facta separatim, ubi contingat fieri separatim. Istud igitur q fiat promissio separatim est ad fauorem creditoris, q uero fiat simul est in fauorem promissoris quamuis pœna possit utroque casu dici adiecta in fauorem creditoris: Et hoc puto fuisse de mente Bar. hic in 7. oppositione, & hæc est ueritas. Dum Bar. in 5. oppositione & cóiter doc. concludunt, † conuentionem liberatoriá non nouari per obligationem pœnalé per tex. in l. rescriptú. §. si pacto. s. de pac. & dicunt rationem esse quare non ita nouetur prout principalis conuentio obligatoria † quia fauorabiliores ad conseruandú conuentionem liberatoriam, quam obligatoriá argumento l. Arianus. s. tit. 1. & quia effectus qui quæruntur ex conuentione liberatoria, uidelicet exceptionis, ius nó cadunt in nouationem, quæ est unius obligationis in aliam transfusio. l. 1. in princ. infra de nouatio. Aduertendú est q cóclusio est quidem uera & indubitata, quia de ea est casus in d. l. si pacto. Est et ultra doc. concludens ratio. † Nam quoties post conuentionem liberatoriam apponitur cóuentio pœnæ, quæ sit obligatoria omnino censeri debent duæ distinctæ conuentiones, seu dispositiones, Non. n. pót censeri una dispositio in qua simul disponatur de liberatione ab una obligatione, & de obligatione pœnali, quia liberatio nó potest induci ex dispositione obligatoria, nec obligatio pœnæ ex conuentione liberatoria, & sic una conuentio nó potest transfundi in aliam, unde nó potest fieri quasi nouatio, Nam ut. s. dictum fuit in 3. conclusione non pót esse ista quasi nouatio nisi quoties intelligitur dispositum in una dispositione de re principali & de pœna simul, & ista est melior ratio, quám ratio Bar. & doc. Nam esto q exceptio & liberatio postquám fuit quæsita, & præcise deducta in dispositionem, non possit tolli per nouationem, non tamé propterea pót inferri, quin possint cadere in quasi nouationé, quæ fit per dispositionem pœnalé, quoniá isto casu non intelligitur præcise deducta in dispositioné, sed ita demum, si pœna non sit cómissa, & quasi nouatio non pertinet ad tollendum executionem ueluti iam quæsitam, sed ad denotandú q non sit facta præcise cóuentio de liberatione, sed solum in casu quo pœna non sit cómissa, & in casu, quo pœna sit cómissa, intelligatur solum facta conuentio de ipsa pœna, non autem de liberatione.

Hinc infero q si etiam dispositio pœnalis esset de conuentione liberatoria, puta quia dictum esset. Promittis non petere fundum & casu quo aliter fiat, promittis non petere domum: q isto casu fieret quasi nouatio, ná utraq; promissio censeri pót facta in eadé stipulatione seu conuentione de non petendo. Hæc hoc casu obstarent rationes Bar. & doct. Nam cessaret prima, uidelicet q fauorabiliores ad conseruandú liberationem, quia secunda pœnalis est et liberatoria. Non etiá secunda, q liberatio & exceptio non possit tolli per nouationé, quia hoc procedit, quando de ipsa liberatione, & exceptione esset facta præcisa dispositio

ſpoſitio ſeu conuentio, non autẽ in caſu iſto quaſi nouationis quando ea ratione dicitur facta qua ſi nouatio, quia liberatio, & ius exceptionis non cenſeatur præciſe deductum in nouationẽ & iſta opinio mihi uidetur probabilis, nec doct. uidentur uelle contrarium quia loquuntur quando dispoſitio pœnalis eſſet obligatoria.

20 Quo uero ad illud dictum Bar. † uidelicet exceptionem iam quæſitam non poſſe tolli per nouationem reprobata glo. in l. 1 in fi. ſecũdæ gloſ. magnæ. inf. de præto. ſtip Bar bene loquitur, nã aduertendum eſt, ꝙ ius exceptionis põt quidem tolli in conſequentiam perempta illa actione, ad uerſus quã im competit, quia illa exceptio nõ por rigitur aduerſus illam ſecundã actionẽ nouantẽ, niſi ſecundum diſtinctionem de qua per Bart. in l. aliã inf. de nouat. Et de qua dixi in Rub. ſ. eo. & ſimiliter perempta cauſa illa, propter quã cõpetit illud ius excipiendi Exepli gratia, Dominus domus, quæ paſſa fuit damnum, habet ius excipiendi contra Dominum domus ruinoſæ agentem, ut tollat rudera, aut non tollat niſi prius cauerit de damno infecto, & pro præterito & futuro damno l. prætor ait §. fi. ſ. de dam. infec. Data igitur cautione finitur & ceſſat cauſa, propter quã competit illud ius excipiendi, & ideo dicitur in conſequẽtiã finiri ipſum ius excipiendi, & ita procedunt quæ dicit Bar. in l. 1. §. 1. inf de præto. ſtip. Tamen ius exceptionis iã quæſitũ non põt directo tolli per nouationẽ, & licet per aliã nouationem poſſit tolli æquitas, ſuper qua fundatur ius exceptionis l. qui æquitate ſ de excep. doli, non tamen propterea tollitur ipſum ius except. ipſo iure, quaſi per nouationẽ, ſed ſolum operatur illa ſecunda conuentio, quod contra illam exceptionem, detur replicatio l. ſi unus §. pactus ne peteret ſ de pac. Dnn̄ etiam Bar. & cõiter doc,

21 in 6. oppoſitione concludunt † non fieri quaſi nouationem quoties obligatio rei principalis cõfertur in perſonam unius, & obligatio pœnæ in perſonam alterius. Concluſio eſt uera & indubitata, nam de illa eſt caſus, quem ipſi allegant in l. 1 ad fi. inf. de ſtip. ſeruorũ, Tamẽ dubium eſt de rõne, quare interuentus nouæ perſonæ in obligatione pœnali impediat hanc quaſi nouationem in caſu iſto, ubi cenſeretur quaſi nouatio, ſi noua perſona non interueniſſet, cum tamen alias interuentus nouæ perſonæ iure iſto ffforum faceret ꝙ præſumeretur nouatio, Nam ratio Bar. in d. §. fi. & in l. quod traditum ſ de cond. & demon. quod interuentus nouæ perſonæ ex parte ſtipulatoris non inducit præſumptionem nouationis, ſed ſolum ex parte promittentis, non euacuat difficultatẽ, quia in caſu iſto quæritur non de rõne, quare non faciat præſumi quaſi nouationẽ, ſed quare impediat iſtã quaſi nouationem, quæ citra interuentum nouæ perſonæ fuiſſet inducta, eo maxime, quia in iſta quaſi nouatione, quæ fit in ipſo actu contrahendi inſpicimus animũ promiſſoris, ut dicit Bar in 7. oppoſitione. Veram rationẽ ponit tex. in l. 1. §. fi. de ſtipu. ſer. ut rõ ſit, quia uideri debent in caſu iſto duæ ſtipulationes, ſeu diſpoſitiones. Nam in caſu illius tex. perinde eſt ac ſi uterq; dominus eſſet ſtipulatus. uidelicet Titius ſtipulatus eſſet decẽ Kalendis, & Meuius ſtipulatus eſſet uiginti ſub conditione, ſi illa decem non dediſſet Titio, & ſic eſſent duæ ſtipulatiões prout ẽt dicit tex in d. l. 1. §. cõis ſeruus, & omni caſu, quo obligatio rei principalis confertur in perſonam unius, & obligatio pœnæ in perſonam alterius, cenſentur duæ ſtipulationes, quia unus cenſetur ſtipulari rem principalẽ, alius uero pœnam. Vides igitur ꝙ quoties cẽſentur duæ diſpoſitiones diſtinctæ, ceſſat nouatio, & quoties cenſetur una & eadem diſpoſitio de re principali, & de pœna, quod ſemper dicimus eſſe nouationẽ. Iuxta tamen prædicta ſtat dubitatio, an ſaltem in caſu iſto quando obligatio rei principalis cõfertur in perſonã unius, & obligatio pœnæ in perſonam alterius per exactionẽ factam ab uno inducitur liberatio ex alio pro concurrenti quantitate, de quo non tangunt Doct. hic, ſed in l. ſi inſulam ſ eo. dum quærũt an ſit promiſſa purgatio moræ quando pœna confertur in perſonã tertii. Ibi dicemus. Dum Bar. & alii in 7. oppo

22 ſitione concludunt, † ꝙ licet iſto iure fforũ non præſumeretur uera nouatio, ubi ſecunda ſtipulatio coæqualis minus cõtineret l. qui uſumfructũ ſ eo. l. qui uſumfructum §. qui actum inf de nouatio, quod tamen præſumeretur quaſi nouatio principalis obligationis per pœnalem, nõ obſtãte ꝙ pœnalis minus contineat per rationem. de qua per eã hic. Concluſio eſt uera & indubitata, ꝙ ubi de re principali, & de pœna ſimul in eadẽ diſpoſitiõe diſponitur, fit iſta nouatio; quãuis ſit minus in pœna. Adnotanda tamen ſunt plura, quæ Bart præſupponit in rõne diuerſitatis inter nouationem ueram. & quaſi nouationem, quæ fit per pœnalem obligationẽ. Sunt. n. notatu digna, licet alii non aduertant, nam præſupponit quod obligatio iam contracta, uel quæſita nõ tollatur per pœnalem ſtipulationem ſeu per quaſi nouationem. ſed ſolum per ſtipulationem coæqualem, & per ueram nouationem: ſed per quaſi nouationem. quæ fit per pœnalem, tolli ſolũ illam principalem obligationem, quæ ſimul & ſemel contrahitur cum pœnali ita colligitur dũ dicit, in nouatione uera, quæ fit per ſecũdã ſtipu-

lationem coæqualẽ, icirco inspici animũ stipulatoris, quia agitur de tollendo obligationem iam contractã & quæsitã, sed in quasi nouatione, quæ fit per pœnalem, icirco inspiciatur animus promissoris, quia fit in actu contrahendi, dũ simul et semel stipulor rẽ principalem, & pœnã, si illa nõ detur. Et in hoc præsupponit illud, quod dixi s i prima conclusione: uidelicet per pœnalem nunquam fieri quasi nouationem principalis obligationis iam cõtractæ, uel quæsitæ ante, ex aliquo interuallo, & mirum est quod in superiorib. Bar. tantum laborauerint circa solutionem tex. in d. l. apud celsũ §. labeo, quia potuit dicere ideo nõ posse fieri quasi nouationem per pœnalẽ, ex quo illa principalis obligatio erat quæsita ex sententia antequàm contraheretur stipulatio pœnalis. Præsupponit etiam, ꝙ quasi nouatio non dicatur fieri nisi in actu dum cõtrahitur illa obligatio principalis, & in hoc dicit illud idẽ, quod tibi s. declaraui in 3. conclusione. Nã ista est ratio quare dicatur quasi nouatio, non autem uera, ut ibi dixi.

Dum & Bar. dicit ꝙ ubi quis stipulatur simul & semel rem aliquã, & si non detur, pœnã, ꝙ ui detur reseruatum in facultate promissoris quod earum solueret, non obstante ꝙ minus sit in pœna, per tex. nostrum hic ad fi. & in l. si quando §. hæres de leg. 1. Intentio Bar. fuit, ut & dixi declarando eius uerba circa 8. solutionem. ꝙ quando quis stipulatur rem, & deinde in alia diuersa & separata stipulatione stipulatur pœnam, tunc non põt uideri reseruatũ in ptãte promissoris quod eorum solueret, quia pater, ꝙ à principio se obligauit præcise ad rem principalem, Sed ubi simul & semel stipulatur quis rem principalem, & pœnam, uidetur reseruatum in potestate promissoris, quod eorũ solueret, & ꝙ ab ista præsumptione, quæ colligitur ex eo, quia simul & semel facta fuit stipulatio de utroq;, non sit recedendũ, propterea quia minus sit in pœna, quemadmodum in legato alternatiuo, quando uerba referuntur ad grauatum, colligitur præsumptio, ꝙ electio sit grauati, ut not. in l. legato generaliter de leg. 1. Ab ista præsumptione non receditur, quãuis minus sit in secundo, quam in primo, ut in d. l. si quãdo §. hæres. Et hoc modo declarãdo apparet ꝙ Bar. bene loquitur, & ꝙ eius opinio probetur nõ solum per tex. nostrum ad finem, sed etiã per tex. in d. §. hæres. Quicquid dicant Alex. & alii Mod. hic. Dum etiam Bar. in octaua oppositione cõ

23 cludit † ꝙ in pœnalibus, quæ in locum alterius subrogantur, diuersitas rei, quæ uenit in secunda pœnali non impedit quasi nouationem, licet in duabus stipulationibus coæqualibus diuersitas rei, quæ uenit in secunda, impediat ueram nouationem l. fundum cornelianum inf. de nouatio. Sensus Bar. non fuit dicere ꝙ in uera nouatione quæ fit per stipulationem coæqualem illa stipulatio noua ne nõ subrogetur in locum prioris obligationis, quia si hoc uoluisset dicere, male fuisset locutus, quia in uera nouatiõe fit transfusio prioris obligationis in sequentem l. 1. inf de nouat. & obligatio, seu actio secunda nouans sequitur naturam prioris obligationis nouate, tanquam in eius locum subrogata, iuxta tradita per Bart. in l. aliam inf. de nouat. & quæ dixi in Rub. ad fi. s eo. Sed intentio Bar. fuit dicere ꝙ licet in uera nouatione. Secũda obligatio subrogetur in locũ prioris, nõ tamen obligatio de una re subrogatur in locũ obligationis de alia re. Et ideo diuersitas rei, quæ uenit in secunda, facit præsumi nõ adesse animum nouandi, quia hoc est præter, & ultra naturam uere nouationis. Sed quia in pœnalibus obligatio de una re solet subrogari in locum obligationis de alia re, iccirco diuersitas rei, quæ uenit in pœnali non impedit quasi nouationẽ, quæ fit per pœnalem. Reiecta opinione glo. quæ ubique tenet contrarium. Dum etiam Bar. in 9. op

24 positione concludit † ꝙ dispositio l. fi. C. de nouatio, quæ corrigit iura antiqua loquentia de nouatione, non procedit in quasi nouatione quæ fit per pœnalẽ, & propterea ꝙ circa istam materiã nouationis nil sit immutatũ per iura noua, opinio Bar. est cõiter approbata, ut hic dicunt Ias. & cõiter Mod. & licet Ias. hic, & in l. fin. s. si quis in ius uocatus nõ ierit, & in l. rescriptum §. si pacto s. de pac. & in l. si stipulatus fuero te Sisti s eo. sequatur opinionem glo. contra Bar. per quædam de quibus per eũ tamen opi. Bar. & cõis, iudicio meo, est uera, pro cuius comprobatione, & resolutione eorũ, quæ adducũtur in contrariũ aduertendum est, quod dispositio d. l. fi. & tex. in §. præterea inst qui. mo. toll. obl. loquitur quando per aliam secundam stipulationem agitur de tollendo obligationem iam contractam, & quæsitam antea ex interuallo, ut expresse colligitur ex d. l. fi. in his uerbis: Nihil penitus prioris cautele immutari, sed anteriora stare, & posteriora illis incrementum accedere, & in his uerbis: Nisi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint, ꝙ secundũ magis pro anterioribus elegerint. Quod etiam colligitur ex tex. in d. §. præterea, dum dicit: Tunc nouationẽ prioris obligationis fieri, & dũ dicit. Quod propter nouationem prioris obligationis conuenerint. Et dum etiam subdit: Alioqui manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere: igitur nõ põt procedere in quasi nouatiõe, quæ fit per pœnalẽ, quia per illam non agitur de tollendo obli

gationem iam contractã & quæsitam, sed solum agitur in ipso actu contrahendi de impediendo obligationem de re principali contrahendã, ut 25 latius declaratum fuit s. in 3. cõclusione† facilius enim impeditur actio contrahenda, quam iá cõtracta tollatur l. patre furioso s. de his qui sunt sui uel alien. iu. & quia in tollendo obligationẽ iam quæsitam intuemur animũ creditoris, Sed in impediendo, dum contrahitur, obligationem contrahendam, intuemur animum promissoris, ut per Bar & alios in 7. oppos. & s. dictum fuit. Accedit, quia cum d. l. si. & d. §. præterea expresse restringãt suam decisionẽ ad casus, quando agitur de tollendo obligationem iam antea ex interuallo quæsitam, nulla rõne põt tractari de extensiõe dictæ decisionis ad casum quando in actu cõtrahendi agitur de impediẽdo obligationẽ rei principalis contrahendã, & nondum quæsitã. Ex quibus patet clara solutio ad ea, quæ in contrarium adducũtur per Ias. hic. Ná dum dicit quod dispõ d l. quæ loquitur de nouatione, debet extendi ad quasi nouationem licet non sit proprie nouatio, sed solum large & impropriẽ. Ná illa rõ scripta in lege, uidelicet ut tollatur ambiguitas iuris ueteris militat ẽt in quasi nouatiõne, attento quod etiá in correctoriis ex idemptitate rõnis scriptæ in lege est licita extensio, maxime de strictasignificatione uocabuli ad latam l. his solis in uer. tacite cautum potamus C. de reuocan. donatio, & ibi Bal. no. cum plurib. concord. de quib. per Ias. in autentica, quas actiones C. de sacros. Ecc. multipliciter ex prædictis põt respondeti, primo negãdo quod sit ambiguitas de iure ciuili circa hãc materiam quasi nouationis, quæ fit per pœnalẽ quia oẽs ll. conueniunt in hoc, quod fiat quasi nouatio principalis obligatiõis, quæ in eadẽ dispõe simul cum pœnali contrahitur, & quod non fiat quasi nouatio principalis obligationis, quæ ex alia dispositione contrahitur, ut sæpius s. demonstratum fuit. Secundo dicitur quod non est uerũ, quod in quasi nouatione fit eadem rõ quæ in uera nouatione, quia in quasi nouatiõe inspicimus animum promissoris, in propria nouatione inspicitur animus creditoris. Et in quasi nouatione agitur de impediendo in ipso actu contrahendi obligationem de re principali nondum contractam uel quæsitam, Sed in uera nouatione agitur de tollendo obligationem iam contractam uel quæsitã, inter quæ non est par ratio d. l. patre furioso. Et licet uerbum nouationis ex larga & impropria significatione comprehẽdat ẽt quasi nouationem tamen uerba, quæ disponunt de obligatione iá contracta, & quæsita, ne dum ex larga & impropria significatione possunt comprehẽdere obligationem nondum quæsitam, sed contrahendam, & ideo uerba d. l. si. & d. §. præterea, ne dum ex larga significatione possunt conueniri re quasi nouationi, quæ fit per pœnalem in ipso actu contrahendi. Conclusio igitur erit quod decisio d l. si non procedit in illa quasi nouatione, quæ fit in actu contrahendi. Hinc infero quod per d. l. si. non corrigatur dispositio l. cum. n. infr. de nouat. & l. si stipulatus §. chrysogonus inf. eo. uidelicet ꝙ per stipulationẽ interpositã iuxta numerationem pecuniæ, fiet quasi nouatio contractus mutui, & obligationis quæ deboisset oriri ex numeratione, ut sic solũ inducatur obligatio ex stipulatione, de qua per Bar. & alios in l. singularia in sexto speciali s. si cer. pet. quia in casu isto agitur non de tollendo obligationẽ iam contractam, sed de impediẽdo in actu non trahẽdi per quasi nouationem obligationem contrahendã. s Referũt Alex. & alii Mod. alias opi. & distinctiones Doc. circa propositã qõnem, quas ẽt reprobant, & quas ẽt prætermitto, quia manifeste ex prædictis confunduntur. Vides igitur quod permanendum est in illa distinctione, quam s. assignaui, & quod conclusiones s positæ sunt ueræ et indubitatæ, uidelicet quod obligatio de re principali quæsita anteaquã contrahatur pœnalis, uel quæ inducitur ex contractu & dispositione diuersa, ab illa dispositione, ex qua inducitur obligatio pœnæ, nunquam nouatur per pœnalem, sed solum nouatur illa obligatio de re principali, quæ contrahitur ex eademmet dispositione, ex qua inducitur obligatio pœnæ, iuxta quamdistinctionem, & conclonem adhuc supersunt quædã difficultates. Prima difficultas est, quõ cognoscemus quod disponatur de re principali, & de pœna, in una & eadem dispositione ad effectum ut cognoscamus ao fiat quasi nouatio principalis per pœ- 26 nalem. † Huic dubitationi respondetur quod oĩ casu quo post perfectam & absolutam dispositionem de re principali subsequatur promissio pœnæ, tunc manifeste constabit ꝙ erunt duæ distinctæ dispositiones, uel cõtractus, & per consequẽs ꝙ obligatio rei principalis inducitur ex una dispositiõe & obligatio pœnæ ex alia. Et istud procedit etiam ꝙ utraq; dispositio esset eiusdem formæ, & ꝙ incontinenti post perfectam & absolutam dispositionẽ de re principali, subsequatur dispositio pœnæ. Exemplum, si dictum sit, promittis Pamphilum, & tu respondeas promitto, & exinde post perfectam hanc stipulationem Pãphili incontinenti interrogo, & si non dederis Pamphilum dabis quinquaginta, & respondeas promitto, tunc enim dicentur duæ stipulationes & propterea non erit quasi nouatio. Impossibi-

D

le est.n.quod sit quasi nouatio cum non fiat in actu dũ cōtrahitur principalis obligatio, sed post contractum,ut dixi s.in 3.conclusione. Et cũ res principalis sit deducta præcise in dispositione,et cum sint duæ stipulationes non aũt una, ut dictũ est s.Vbi uero disponitur de pœna antequam sit perfecta dispositio de re principali,isto casu,si dispositio de re,& de pœna cadit in dispositione, seu contractu eiusdem speciei,seu formæ,uidebitur esse una tantum dispositio seu contractus, & fiet quasi nouatio.In his terminis loquitur&procedit quod dicitur in l.1.s de pœnu legata.in l.1.§ item si ita.s.ad l.fal.& in d.l.si pœnum.s.quãdo dies leg.ced.& quod dicitur in l.nostra.& in l.obligationum fere.§fi.s.tit.1.ita etiam procedit illa decisio.s. relata ubi in uenditione fundi Titiani prox.conuentum esset q si non traderet illũ fundum intra mensem,ex nũc prout ex tunc fiet uẽditio fundi Seiani pro eodem precio. Nam uidebitur unus tantum contractus de fundo Titiano & de Seiano,quia disponitur de uenditione fundi Seiani,quæ est pœnalis ante perfectam uenditionem de fundo Titiano,&dispositio de utroq; cadit in contractu eiusdem speciei.In eisdem terminis procedit illa decisio,quam s firmaui, q ubi dictum esset,promitto tibi centum in dotem, & si centum non dedero,ex nunc promitto fundum in dotem , nã dispositio de utroq; cadit in contractu eiusdem speciei,uidelicet cõtractus dotis,& de pœna disponitur ante perfectã dispõnẽ de re principali,ubi uero dispõde re principali cadit in contractu unius speciei,& dispositio de pœna in contractum alterius speciei, isto casu nõ dicetur disponi de utroq; in eadẽ dispositione seu contractu,& iccirco nõ erit quasi nouatio.In his terminis procedit & loquitur.l.si quis a socio & l.duo societatem.s.pro socio,& l. prædia s. de act. emp.nam licet ponamus casum q stipulatio pœnalis in dictis.ll.sit interposita ante perfectum,& absolutum contractum principalem societatis, uel emptionis,tamen erit duplex cõtractus,quia dispõ de re principali cadit in cõtractu unius speciei,uidelicet societatis uel emptiõis,& dispõ pœnæ in contractu stipulationis:non.n.de pœna cõtrahitur uenditio nel societas, & iccirco non fit quasi nouatio,ut ibi dicitur.Procedit ẽt,& loquitur illa decisio Decii consi.xii.quãm.s.retuli, declarando ut s.dixi,&in casu isto quando ante perfectam dispositionem de re principali interponitur dispõ de pœna, posset procedere distinctio Bal.hic,& Benedicti de Plombino,qui distinguebant q fieret quasi nouatio ubi de pœna disponitur in cõtractu eiusdem speciei seu formæ, cuius est contractus,in quo disponitur de re principali,alias non,nã in casu quando disponitur de pœna antequàm sit perfecta dispõ de re principali, sua distinctio est uera,quoniam non uidebuntur duo contractus,sed unus tantum , nec uidebitur præcise in contractu deducta res principalis, & iccirco erit quasi nouatio ubi dispositio de utroque cadit in contractu eiusdẽ speciei,ubi uero cadit in contractu diuersæ speciei, quia tunc necessario erunt duo contractus,non poterit esse quasi nouatio.Et iuxta hoc debes aduertere, quod licet stipulatio apposita iuxta cõtractum innominatum de eo quod principaliter deductum sit in ipso contractu,impediat contractum innominatum & faciat quod sit sola stipulatio iuxta ea quæ dicta sunt in rub.s.co.& similiter impediat cõtractum,qui re celebratur,&in l.cum.in.inf.de nouatio.&in l.si stipulatus §chrysogonus inf.eo. Bar. &Doc.in l.singularia in sexto speciali s. si cer.pe.

27 † Tamen stipulatio pœnalis apposita ẽt iuxta contractum innominatum,uel contractum, qui re celebratur,nũquam impedit illum contractũ de cõtractu innominato habes casum in d. l. qui Romæ §flauius.Et ratio est,quia in stipulatione pœnali non censetur præcise deducta res principalis,ita ut sit in stipulatione quo ad petitionem uel actionem,quãuis stipulatio pœnalis incipiat a conuentione eius,quod est in principali obligatione,sed solum in stipulatione censetur præcise deducta pœna,ut est casus in l.duo societatem s. pro socio in l.1.§item si ita s.ad l.falc.& est casus in l.nostra,ut s dictũ fuit.Vnde nullo modo per ipsam pœnalem poterit nouari principalis obligatio,quæ oritur ex illo contractu,seu conuẽtione innominata,uel ex illa numeratione, seu tra-

28 ditione rei. Secunda est difficultas,†quid in casu quo dictum esset, promittis Pamphilum sub pœna x.uel testator dixisset.Grano hæredem dare fundũ sub pœna x.an fiat quasi nouatio, prout si dictum esset,& si non dederis Pamphilum, promittis x Rip hic nu 64.post Imo.in cap.Ralnaldus de testamentis,& Bar.in l.1.col.6.uers.2.quæro C de his qui not.inf. Fel.in c. inter cætera de rescrip.concludunt nõ fieri quasi nouationẽ, sed post commissam pœnam posse agi ad rem principalem.quod etiam uidetur uoluisse Dec. in dicto consi.12. Adducit quia ex eo quod dicitur,sub pæna denotatur fuisse adiectum fauore stipulatoris,seu legatarii,magis quã in casu,quando dictum esset,si non dederis,dato decem.

Ego credo fieri quasi nouationem,prout si dictũ esset, si non dederis dato decem. Moueor quia ut concludunt glo.Bar. & communiter Docto. in l.rescriptum §si pacto s.de pactis,non est differentia,utrum dicatur dabis fundum sub pæna

x. uel dicatur, & si non dederis dabis decem, & propterea sic fiat quasi nouatio in uno casu, pro ut in alio. Secundo quia ratio, quare sic quasi nouatio, quando dictum est, si non dederis, dabis decem, est, quia in hac dispositione, in qua simul fit promissio de re principali, & de pœna uidetur actum quod res principalis non sit præcise in stipulatione seu dispositione, sed ita demũ si pœna non committatur. Ista ratio multo magis procedit quando dictum esset sub pœna decem, nam uerba uidentur denotare, quod obligatio de re principali non sit præcisa, sed causatiua, si uult euadere pœnam, non minus quam ubi dictum esset: Si non dederis, dabis centum: igitur etiam in casu isto fiet quasi nouatio. Accedit quia in casu isto quando dictum fuit, Promittis dare sub pœna, colligitur propter unitatem sermonis magis aperte esse unam tantum stipulationem de re principali, & de pœna, quam in casu quo dictum esset si non dederit Pamphilum, det centũ. Igitur non minus in casu isto debet censeri, quasi nouatio quam in illo, quia quoties est una dispositio de re principali, & de pœna, & non plures, oportet esse quasi nouationem, ut in superioribus dictum fuit. Non obstat quod censeatur adiecta pœna in fauorem creditoris, quia esto, quod pœna censeatur adiecta in fauorem creditoris, non tamen propterea fit quin censeatur facta promissio de re principali, & de pœna simul in eadem dispositione, magis quam separatim in diuersis ad fauorem etiam debitoris iuxta ea, quæ dicta sunt s. in octaua solutione Bar. & in 7. opp. Nec obstat decisio Inno. Bal. & Fel. supra relata quia ipsi non firmant hoc, quia uelint esse speciale in casu, quando sit dictum nomine pœnæ, sed quia arbitrantur nunquam fieri quasi nouationẽ per pœnalem obligationem, nisi postquam stipulator elegit agere ad pœnam: quasi omni casu cẽseatur adiecta solum in fauorem stipulatoris, & in hoc maledicunt. Concludendũ est igitur quod siue sit dictum sub pœna decem, siue explicite, si non dederit Pamphilum, det decem, quod semper fiat quasi nouatio quoties disponitur in eadẽ dispositione de re principali, & de pœna.

Alia est difficultas quid in casu quo actum sit quod commissa pœna utrunq; debeatur, an fiet quasi nouatio principalis obligationis per pœnalem. Huic qõni respondetur, quod ubi utrunque debetur ex eo, quia in promissione pœnali sit adiecta clausula, rato manente pacto, uel rata manente prima conuentione, ut est in casu l. qui fidem supra de transac. isto casu non est tractandum de nouatione, attento quod expresse actũ fuit, quod res principalis debeatur ex priori cõuentione & obligatione, & quod illa firma permaneat. Vbi uero res principalis foret promissa in secunda conuentione pœnali, & actũ quod ex illa secunda agi possit ad ipsam rem principalem, & in casu isto concludendum est quod de iure fforum fuisset nouata principalis per ipsam pœnalem, quæ etiam subsecuta fuisset ex interuallo, quia in illa secunda cõferentur duæ stipulationes, una coæqualis de re principali, & alia pœnalis de pœna, quo casu iure fforum præsumebatur nouatio §. præterea inst quib. mod. toll. ob. Bar. & Doc. in l. qui usum fructum s. eo. in l. pen. infr. de præto. stip. Sed de iure hodierno solum nouaretur obligatio principalis quando illa promissio rei principalis, & pœnæ sub illa conditione, si res principalis non soluatur, esset facta in eodẽ actu contrahendi principalem conuentionẽ de re principali, puta quia dictum esset: Promittis Pamphilum, & si Pamphilum non dederis, promittis Pamphilum & centum. Nam isto casu absque dubio fieret quasi nouatio, ut præsupponit tex. noster hic in uersi. Quod sine dubio. Ista aũt quasi nouatio non pertinet ad casum ut desinat obligatio de re principali, sed ut obligatio rei principalis, quo ad actionem & exactionem oriatur solum ex secunda, ratio ex priori conuentione, quia uidetur semper actum q̃ præcise solum possit agi ex illa secunda conditionali, ut sæpius dictum fuit s. Contra istud obstat tex. in l. quamuis Bassa C. de usuris de quo opponunt Alex & alii hic, tamen non obstat, ut statim dicetur. Vtilitas aũt in casu isto esse posset, quia ante cõmissam pœnam, non posset agi ad rem principalem Nam pone quod sit dictum Promittis Pamphilum, & si Pamphilum non dederis intra bienniũ promittis Pamphilum & centum, nam isto casu si promissor uelit expectare lapsum biẽnii, & teneri potius ad utrunq; quam inf. bienniumco gi ad solutionem Pamphili utiq; inf. bienniũ ad uersus eum agi non poterit, quia illa principalis obligatio ex illa prima conuentione est nouata dum contrahitur, ut est casus in l. in diem inf. de nouatio Est & utilitas quo ad cursũ præscriptionis, quia non incipiet cursus præscriptionis contra obligationem rei principalis. nisi post commissam secundam conuentionem, in qua fuit facta promissio utriusq;. Quarta est difficultas

29 † an per unam pœnalem possit fieri quasi nouatio alterius pœnalis, & concluditur quod nõ. ista conclusio absq; dubio procedit in duabus dispositionibus pœnalibus impositis a lege, ut est casus in l. cum duobus §. idem respondet s. pro socio, & ibi Bar. no. concludunt Ang. Imo. Abb. Fulg. Bal. & communiter Docto. quos hic refert, &

ſequitur Rip.nu.93.Ratio quia cũ lex uelit prio rem pœnam poſſe exigi, ita quod ſit præciſe in obligatione ante commiſſionem ſecũdæ pœnæ, ideo ſequitur quod nõ poſſit fieri quaſi nouatio per ſecundam. Nam, ut ſ. dictum fuit, de ſubſtantia quaſi nouationis eſt ut prior obligatio nõ dicatur eſſe præciſa, ſed ſolum ita demum, ſi ſequẽs non committatur. Dices tu, quare non cenſetur actum quod prior pœna non ſit præciſa, ut non poſſit exigi, prout in caſu quando fit quaſi nouatio principalis obligationis per pœnalẽ. Reſpõdetur quod pœnæ ex l. diſpoſitione imponũtur propter delictum, & eſſet admodũ abſurdum, ſi nõ poſſet exigi prior pœna, antequam adueniat tempus, poſt quod debet committi ſecũda, quia ſic ſequeretur, quod ante illud tẽpus iſtæ, qui deliquit eſſet extra pœnam, & delictum eſſet impunitũ, & propterea reprobatur cõiter dictũ Din. quod etiam ſecutus fuit Bar. in l. publicorum inf. de pub. iud. qui dicebant fieri quaſi nouationem prioris pœnæ, caſu quo lex imponeret aliquam pœnam pecuniariam pro aliquo delicto, & caſu quo pœna intra certum tempus nõ ſit ſoluta, imponat pœnam mutilationis membri, niſi ſaluando dixerimus, quod non loquantur de quaſi nouatione, quæ fit per commiſſionem pœnæ ſecundæ, ſed per electionem, ſiue exactionem ſecũdæ.

Procedit etiam abſq; dubio in caſu quo prior pœna eſt legalis, & ſecunda conuentionalis, Exẽplum in emphiteota, cui lex imponit pœnam caducitatis, caſu quo non ſoluat canonem, & in cõuentione ſit adiecta alia pœna, nam per iſtã pœnam conuentionalem non uidetur receſſum ab illa legali, nec fit quaſi nouatio illius prioris legalis per hanc ſecundam, licet utraq; non poſſit exigi glo. cõiter approbata in l. 2. in glo. magna. C. 30 de iure emph. † Ratio eſt duplex. primo quia cum obligatio prioris pœnalis inducatur ex una diſpoſitione, uidelicet ex legis diſpoſitiõe, alia uero ex diſpoſitione contrahentium, non poteſt eſſe quaſi nouatio, nã nec ẽt fit quaſi nouatio principalis per pœnalem, quando principalis inducitur ex alia diſpoſitione diuerſa ab ea, ex qua iuducitur pænalis, ut dictum fuit ſ. in 2. concluſione: Eſt etiam alia ratio, quia utraque pœna & legalis & conuentionalis, in euentum eiuſdem conditionis eſt committenda, quo caſu non põt agi de quaſi nouatione, attento quod ſecunda non uidetur adiecta ſub conditione, ſi prima non ſit ſoluta, ſed utraque uenit committenda, caſu quo non ſoluit canonem, ita quod una non uidetur ſubrogata in locum alterius pænæ, ſed utraq; committitur propter moram in ſoluendo canonem.

Procedit etiam abſq; dubio, quando utraque pæna eſt conuentionalis, & adiecta loco particularis intereſſe, tamen ſecunda pæna non debetur pro toto tempore, pro quo debetur prior, caſũ habes & exemplum in l. quamuis Baſſa. C. de uſuris, nam mutuaui pecuniam Titio, qui ſpopondit mihi minores uſuras, & ſi intra certum tempus eas non ſoluiſſet, promiſit ampliores. Et ſic utraque pæna, & de particulari intereſſe ſortis principalis, & ſecunda pæna uſurarum, non debetur pro toto tempore, pro quo debetur prior pæna de minoribus uſuris, quia ampliores uſuræ non debentur pro tempore defluxo ante tempus præfinitum in cautione, ſed ſolum pro tempore futuro poſt illud tempus præfinitũ, & pro tempore præterito debentur ſolum ille minores & iccirco nõ poteſt eſſe quaſi nouatio illius prioris conuentionis, ex qua debentur minores uſuræ per illam ſecundam, in qua promittuntur ampliores. Ratio eſt, quia actum fuit quod ẽt poſt commiſſam ſecundam obligationem uſurarum firma tamẽ remaneat utraq;, uidelicet prior pro uſuris temporis defluxi ante tempus præfinitũ, & ſecunda pro uſuris temporis futuri, & idcirco ceſſat quaſi nouatio, cum omnino ſint, & uideri debeat duæ diſpõnes, quod eſt contra ſubſtantiã quaſi nouationis, ut l. obligationũ ferè §. fi. ſ. tit. 1. & l. 1. §. fi. inf. de ſtip. ſeruorum, & dictum fuit ſ. in 3. concluſione. Fortius dico, quod idem eſſet in caſu quo actum eſſet, quod ſecunda pæna, & ſic ampliores uſuræ deberentur ẽt pro tempore quo debẽtur minores, quia actum eſſet, quod nõ ſolutis illis minoribus intra certum tempus, deberentur ampliores ẽt pro toto tempore antea defluxo, non tamen fieret quaſi nouatio obligationis minorum uſurarum. Ratio quia prior pæna minorũ uſurarum fuit promiſſa propter moram in ſoluendo ſortem principalem loco particularis intereſſe, quod patitur creditor propter dilationem ſortis principalis, illa uero ſecunda pæna maiorum uſurarum propter morã in ſoluendis uſuris minoribus, igitur cenſeri debent debite non ex eadẽ diſpõne, ſed ex diuerſa, quia prior propter unã morã, alia propter aliã, & ſic ceſſat quaſi nouatio. Sunt ẽt aliæ rões de quibus inf. Ex quib. habes colligere quod tex. in d. l. quã uis baſſa, de quo opponunt Alex. & alii contra illam concluſionẽ, quod principalis obligatio non uetur per pænalem, nihil penitus obſtet, quãuis circa ſolutionẽ d. l. cæteri admodum laborarint.

Procedit etiam prædicta concluſio, caſu quo principalis obligatio nouatur per primam obligationem pænalem commiſſam, nam hinc impoſſibile eſt quod illa pænalis prior, nouetur per ſecundam pænalem, exemplum, ſi ſtipula-

tus sim a te Pamphilum, & si Pamphilum nō dederis fundū, & si fundum non dederis centū. Rō quia si actum sit quod principalis obligatio Pamphili nouetur per cōmissionem obligatiōis fundi, in consequentiam actum uidetur quod illa obligatio fundi sit præcisa, & ꝗ non nouetur per sequentem obligationē quantitatis, ex quo obligatio, quæ nō est præcisa, & per aliam nouatur, nō pōt aliam nouare, ut dixi s in 3. conclusione, declarando tex. in l. duo societatem s. pro socio.

Procedit etiam absq; dubio in casu, quo utraq; pœna non esset adiecta loco particularis interesse, sed uel propter contemptū, uel loco totalis interesse, & principalis obligatio nō nouaretur per priorem pœnalem cōmissam, semper. n. uideri debent illæ duæ pœnales obligationes inductæ ex duab. dispōnibus, non aūt ex eadem, quia prior obligatio pœnalis propter moram cōmissam in soluendo id quod est in principali obligatiōe, Secunda uero pœnalis ob moram commissam in soluendo priorem obligationem pœnalē. Cū igitur ex diuersa rōne, uel causa, idcirco ex diuersis dispōnibus. Accedit quia si secus diceremus, sequeretur quod ante cōmissam ultimam pœnam, non posset exigi pœna prioris moræ & culpe cōmisse in non soluēdo debitum principale, quod non est uerisimile, & quia oē id quod fuit adiectū pro pœna, cēseri debet actum ut sit præcise in obligatione, prout est de natura pœnæ. Vides igitur quod nō est dare casum, in quo per unam pœnalem dispōnem uel obligationem fiet quasi nouatio alterius pœnalis. Vltimo pro completa

31 resolutione præsentis qōnis est uidendū, † An in casu quo per cōmissionem pœnalis stipulationis nō fit quasi nouatio principalis obligationis, per solutionem unius, inducatur liberatio ab altera, quam qōnem tractat Bar. in 10. & 11. oppo. circa quam Bar. & alii præsupponunt duas conclusiones, prima est quod regulariter per exactionē unius, inducitur liberatio ex alia pro concurrenti quantitate. Secunda ꝗ non inducitur liberatio in eo. quod plus est in alia, ita cōcludunt per tex. in l. si quis a socio s pro socio in l. prædia s de act. emp. Primam conclusionem limitant non procedere in pœna, quæ sit adiecta loco particularis interesse, prout est usura, quia utrūq; exigitur uidelicet & pœna & principale debitū l. traiectitiæ §. de illo s. tit. 1. & s. de usuris per totū. Secundo limitant in pœna adiecta non pro solutione principalis, sed propter contemptum, nam isto casu utrunq; exigitur, dummodo exigatur principale debitum ex alia causa diuersa ab illa, ob cuius contemptū pœna sit adiecta, & ita intelligunt tex. in l. siquis rem s. de arbitris. Et licet claud. & post eum repeten. mod. contra istam limitationem opponant de l. apud celsum §. labeo s. de except. doli, ubi dicitur non posse agi ad hominem rei uendicatiōe, si uoluit exigere pœnam promissam, tamen re uera ille tex. nihil facit, quia tex ille loquitur in casu, quo pœna fuit adiecta loco solutionis principalis debiti, & sic totalis interesse, uidelicet ipsius hominis, quem tradere promiserat non autem præcise propter contemptum, & ideo non potest agi ad illud principale debitum, nec ex eadem causa, nec ex diuersa, quando uult exigere pœnam. Et limitatio ista duo requirit ex mente Bar. & aliorum. Primo, quod pœna sit adiecta propter contemptum. Secundo, quod principale debitum exigatur ex alia causa diuersa ab illa, ob cuius contemptum fuit pœna adiecta, nā istis duobus concurrentibus utrunq; insolidum posset exigi, sed ubi pœna sit adiecta ob solutionē principalis debiti, tunc non posset utrunq; exigi insolidū, & ideo infero quod in casu d. §. labeo si uellet actor exigere pœnam non posset agere ad hominem, nec ex sententia, nec ex illa prima actione rei uendicationis, licet Claud. & prædicti Mod. uideantur præsupponere oppositum.

32 Iuxta istā limitationem stat dubitatio† quando cognosceemus pœnā esse adiectam ob dissolutionē debiti principalis, & quando propter contemptum. Ad quod respondetur ꝗ quoties pœna fuit adiecta sub illa conditione, si nō detur, uel soluatur res illa, quæ principaliter debetur, tunc dicitur facta etiam ob dissolutionem principalis debiti. Exemplū in casu d. §. labeo quia fuit promissa pœna sub conditione. Si homo non fuit traditus, propterea uidetur adiecta ēt loco ipsius hominis, & ēt propter eius dissolutionem, nā uidetur adiecta loco illius, in cuius defectū fuit pœna promissa. Sic est in casu d. l. siquis a socio, & d. l. prædia. Hoc tamen fallit in casu quando expresse actum fuisset oppositum, prout in casu quo dictum esset, ꝗ commissa pœna, utrunq; exigi posset, nam hinc apparet actum quod pœna nō pertineat ad dissolutionem principalis debiti, & idcirco dicetur adiecta propter contemptum, uel propter moram ipsius rei in soluendo debitum principale. prout in pœna, quæ apponitur pro particulari interesse, quia etiam adiecta in pœnā moræ uel negligentiæ, seu contēptus ipsius principalis debitoris in satisfaciendo debito principali: Sed quoties pœna fuit adiecta non sub cōditione, si nō dederit, uel soluerit rem, quæ principaliter debetur: sed sub conditione, si non seruauerit aliquam particularem dispositionem cōuentam circa ipsam rem, tunc non dicetur adiecta ob dissolutionem illius rei, quæ principaliter

debetur, sed propter contemptũ illius causæ, de qua in conditione, & dissolutionẽ illius obligationis, quæ causatur ex dicta causa: Nam pœna non dicitur accessoria ad aliã obligationẽ, nisi ad illã, quæ fuit deducta in conditione pœnalis conuentionis, unde quia pœna in cõpromisso promitti tur sub illa conditione, si non paruerit compromisso, & sententiæ arbitri, non autem sub illa cõditione, si nõ soluerit illam rem, de qua sit lis, uel controuersia, non dicetur adiecta propter dissolutionem ipsius rei, de qua sit lis, sed propter cõtemptum i. propter inobseruantiam illius promissionis de parendo sententiæ arbitri, & propter dissolutionẽ huius obligationis de parendo dictæ sententiæ, unde per exactionem pœnæ tollitur quidem obligatio de parendo sententiæ arbitri, ad eo quod ex illa agi non potest, ẽt quod esset emologata glo. Bar. & alii i l. 2 & in l. si duo §. 1. ff. de arbi. & similiter per exactionem sententiæ ipsius arbitri induceretur liberatio a pœna l. celsus ff. de arbitris. Tamen non inducetur liberatio ab ipsa re principali, de qua est lis per exactionem pœnæ, quia ea non obstante põt exigi uigore actionis sibi competentis ex alia ẽt causa, quã compromissi, uel sentẽtiæ d. l. si quis rem. Tamẽ uigore iuris sibi competentis ex dicto compromisso, uel sententia non poterit agere, quia pœna fuit adiecta loco obligationis, & iuris quod possit ex dicta causa competere. Similiter dico, quod si in casu d. l. apud celsum §. labeo, si pœna fuisset promissa sub conditione si non adimpleuisset sententiam Iudicis, quod pœna non uidetur adiecta propter dissolutionem hominis, de quo fuerat lata sententia, sed solum propter contemptum, & inobseruantiam dictæ sentẽtiæ, & dissolutionem iuris competentis ex dicta sententia, adeo quod exacta pœna non posset agere ad hominem uigore iuris quæsiti sibi ex dicta sẽtentia, tamen non prohiberetur agere ex actione sibi competenti ad ipsum hominem ante dictam sententiam. Nã quia pœna in casu d. §. fuit promissa sub conditione, si illum hominem non tradiderit, propterea censetur adiecta pro dissolutione ipsius hominis: adeo quod si exegit pœnam, ex nulla alia causa pristina poterit hominẽ petere, ut præsupponit tex.

Limitatur etiam prædicta conclusio casu quo actum sit, quod commissa pœna utrunq; possit exigi, prout quando fuit apposita clausula. Rato manente pacto, nam utrunque isto casu exigitur l. qui fidem ff. de transac. & ista limitatio non habet difficultatem, & includitur in præcedenti, ex quo etiam isto casu constat quod pæna fuit adiecta solũ propter contemptũ, seu propter morã.

Limitatur etiam in casu, quo esset adiectũ iuramentum, ita Alex. hic in fi. & Rip. nu. 68. moti
33 quia iuramentum habet uim clausule, †rato manẽte pacto, ut per Bar. i l. si quis maior C. de trãs. quam limitationem pro nunc non firmo, sed de eius ueritate discutiemus in l. si insulam supra eo.

Prædicta procedunt quãdo principalis, & pœnalis obligatio confertur in personã eiusdem sed dubium est quid in casu quo principalis obligatio confertur in personam unius, & pænalis obligatio in personam alterius, an tunc exactio unius inducat liberationem ex alia, an uero utrunque exigi possit insolidum, de qua quæstione nõ tangunt Doct. hic. Ego istud declarabo in d. l. si insulam circa discussionem illius qõnis, an permittatur purgatio more quando pæna confertur in personam unius, & principalis obligatio in personam alterius. Quo uero ad aliam conclusionem, quod in eo, in quo una excedit aliam, non inducatur liberatio nedum per exactionem, quã conclusionem sequuntur omnes, & pro illa uidetur casus in d. l. si quis a socio, & in d. l. prædia. Aduertendum est quia in contrarium uidetur obstare tex. in d. l. apud celsũ §. labeo, & in l. rescriptum §. si pacto ff. de pactis in l. celsus in principio ff. de arbitris, in quibus legibus absolute dicitur, ꝙ post exactionẽ principalis debiti sit quod aduersus petitionem pænæ obstet exceptio doli, non habita aliqua distinctione, an sit, uel non sit plus in pæna. Ad idem uidetur tex in l. si duo §. 1. ff. si quis cautio. Est uerum quod Doct. dicunt ꝙ prædicta iura debent intelligi pro concurrenti quantitate, sed non in eo quod plus est in pæna, quæ solutio non procedit sine uiolatione prædictarum ll. quia loquuntur generaliter. & indistincte. Considera si dici possit quod ubi in exactione principalis debiti non consequor præcise id, quod est in conditione, & quod debet fieri ad euadendum pænam, sed eius interesse, & tunc procedat cõis conclusio & in his terminis loquitur tex. in d. l. si quis a socio, & d. l. prædia. Sed ubi cõsequor præcise id quod est in conditione, & debet dari, uel fieri ad euadendam pænam, & tunc cessabit obligatio pænæ insolidum. Et in his terminis loquitur tex. in d. l. si duo §. 1. in d. l. apud celsum §. labeo in d. l. celsus in prin. & in d. l. rescriptum §. si pacto. Ratio est quia dũ consequor præcise id, quod est in conditione, uideor remittere pænam, & dare facultatem debitori, ut ex illius præstatione possit euadere pænã l. post diem ff. de l. commissoria l. emilius largianus ff. de minoribus. Quæ ratio cessat quando illud præcise non consequor, uerum consequor interesse.

FINIS.

D. HIERONYMI TORN. IVRISC. de Vtil.& Direct.act. Tract. locupletisſimus.

INDEX.

QVia plures ſunt leges loquentes de directa & utili actione,quarũ ſenſus & intellectus ideo perfecte haberi non poteſt, quia quid ſit directa actio,quidetiam utilis, & in quo ad inuicem differunt ignoratur,& ob eandem rationẽ innumeræ pœnæ difficultates circa præſentẽ materiam adhuc irreſolute permanent. Idcirco pro intelligentia harum legũ,& pro reſolutione dictarum difficultatum decreui præſentem materiam directe & utilis actionis plenius explicare. Circa quam diſcutiendæ ſunt plures quæſtiones, quæ uniuerſam materiam complectuntur.

1 † Prima,& principalis qõ,quid ſit directa actio, & quid utilis,& quæ res per has uoces ſignificantur,ex cuius qõnis reſolutione dependet fere tota reſolutio præſentis tractatus. Hanc qõnem doctores non explicant.Nam licet glo.in l. curatoris. C. de nego.geſt.dicat actiones directas eas eſſe, quæ uerbis,& mente legis competunt,utiles uero quæ ex mente tantum,exemplificãdo, ut per eam ibi, tamen iſta declaratio non pertinet ad propoſitam qõnem,nec ad declarãdum quid ſit actio directa, & quid utilis.Nec quæ ſit propria,& ſpecifica differentia propter quam una diſtinguatur ab alia, uerum ſolum pertinet ad declarandum quando competat directa,& quando utilis, & declarationem illius glo.reprobant Bar.&alii doct.in d.l.curatoris,quia etiã in caſu,quo uerba legis deficiunt ex ſola mẽte legis poteſt competere actio directa, ut patet in interdicto uti posſidetis,cuius uerba loquuntur ſolum de edibus.l.in prin.ff. uti posſidetis,Non autem de prædio ruſtico,Et tamẽ in prædio ruſtico,& aliis poſſesſionibus competit interdictum uti posſidetis directum, prout cõpetit in edibus.d.l.1.§.hoc interdictum in omnibus,& l.1.
2 C.eo.tit. Et†quia dicitur eſſe ex lege,id ẽt ꝙ eſt ex ſola mente legis.l.non dubium.C.de legib.l.nominis,& rei.ff.de uerb.ſignif. Alia etiã declaratio, quam poſt antiquos ſequuti ſunt Bart. & alii in d.l.Curatoris uidelicet ꝙ dicatur actio directa quæ competit ſiue ex uerbis,& ex mente legis, ſiue ex mente legis tantum,ſed dicatur utilis quæ nec ex uerbis,nec ex mente legis competit, ſed tantũ ex interpretatione iuriſconſulti extendentis legis diſpoſitionem propter rationis identitatem, ut in l.pen.ff.ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur,non pertinet ad reſolutionem propoſitæ qõnis,nec ad declarandum quid ſit directa,& quid utilis actio, nec in quo ad inuicem differant. Nec ẽt prædicta declaratio eſt ex mente iuris ut ex inf.dicendis apparebit. Alia etiã declaratio aſsignata per Bar. & alios in l.1.ff.de actio.& obligationis, dum dicunt utilem actionem cõſiderari quatuor modis. Primo modo reſpectu directe competẽtis ad idẽ prout in eo,cui ſunt ceſſe,uel mãdate actiones,qui nomine ſuo habet ſolum utilem.l.1.C.de actioni.& obligationi. Secũdo reſpectu directe,quæ prius compatiit,& nunc deſiit competere,ut in eo, cui

per restitutionem in integrum sit restituta actio finita, uel rescisa per transactionem, uel præscriptionem l. 1. & ꝙ ibi notatur. C. si aduersus transactio. Tertio respectu directe. quæ nunquam competiit licet sit possibile ꝙ competat, ut in illo tertio, cui ex pacto, uel stipulatione alterius acquiritur actio ueluti ex tacita donatione. l. quotiens. C. de donat. quæ sub mo. Et l. pen. ff. ad exhiben. quarto respectu directe, quæ ad aliud competat prout est in illa actione per quam dominus agit contra hæredē curatoris, qui post eius mortem gessit ex necessitate. Quia quo ad ea negocia, quæ gesta sunt ex necessitate datur utilis, quo uero ad alia gesta ex uoluntate competit directa d. l. curatoris. Ista etiam declaratio non pertinet ad resolutionem propositæ q̄onis. Nō. n. explicat quæ sit res significata per has uoces directe & utilis actionis, & quæ sit quidditas & essentia directe & utilis actionis, est etiam imperfecta. Non. n. declaratur quem is, cui sunt cessæ uel mandatæ actiones suo nomine experiantur solum utili, non autem directa, & similiter quare is, cui per restitutionem in integrū sit restituta actio finita per transactionem uel præscriptionē, & sic de aliis non agant directa, sed solum utili, & quia non est uerum ꝙ semper in istis casibus compe ac solum utilis, Quinimmo aliquando agi pōt directa, & in pluribus aliis casibus poterit competere utilis actio. quæ non habebit respectum ad aliquā directam quæ competat ad idē, seu ad diuersum, ut ex inf. dicendis clarissime apparebit. Est uerum ꝙ Bar. post per. in d. l. 1. explicat istam q̄onem, An actio directa & utilis sit eadem in substantia, uel in numero. quæ quoquomodo uidetur pertinere ad propositam q̄onem, licet illam ex toto non resolnat. Solum. n. in ea pertractatur., an differant, uel non differant, non autem, quæ sit propria, & specifica differētia per quam una ab alia distinguatur, Nec quid sit utilis, & quid directa, Nec quæ sit res significata per has uoces directe & utilis actionis.

3 † Omissis igitur quæ per alios dicuntur pro resolutione propositæ q̄onis, quid sit directa actio, & quid utilis, Et quæ sit res significata per has uo-

4 ces prius sciendum est, ꝙ hic terminus † actio diuersimode in iure nostro accipitur. Nam aliquando accipitur pro ipso iure persequendi in iudicio, ꝙ nobis debetur. Vt accipitur Instit. de actio. In primo ubi actio diffinitur ꝙ sit ius prosequendi &c. Aliquando accipitur pro ipsa formula, quā quis in iudicio experitur, quam nos libellum appellamus. Et isto modo accipitur in l. 2 §. deinde. ff. de orig. iur. in l. edita. C. de eden in l. 1. ff. de edē, in l. si seruus iuncta glo. ff. de furt. Aliquando accipitur pro ipsa actuali persecutione seu discussione iudiciali. Et ita accipitur in l. actionis uerbo ff. de uerb. sig. quatenus ibi dicitur. Actionis uerbo persecutio continetur, accipitur. n. ibi persecutio per illa actuali persecutione, sed discussiōe iudiciali nō autem pro officio iudicis. Vt plures sunt arbitrati. Et ita accipitur in cap. forus. de uerb. sign. ibi modo actionem, ꝙ est ipsum litis iurgium.

Secundo sciendum est ꝙ ista distinctio directe & utilis actionis non refertur ad ipsum ius persequendi in iudicio ꝙ nobis debetur, quia, ut Fusius inf. declarabitur, istud ius nō distinguitur inter directum, & utile, uerum prædicta distinctio, refertur ad actionem in quātum accipitur pro formula, istud expresse præsupponit tex. in l. actio. ff. de nego. gest. dicit ꝙ quia in extraordinariis iudiciis conceptio formularum non obseruatur, ꝙ ideo hæc subtilitas directe, & utilis actionis superuacua est. Hæc. n uerba manifeste denotant hanc distinctionem utilis, & directe referri solum ad formulam, non autem ad ipsum ius prosequendi, ꝙ etiā præsupponit idem tex. in eo ꝙ dicit, non referre an in iudicio negotiorum gestorum quis experiatur directa, an utili, & dū dicit, quod utraq; actio est eiusdem potestatis, & habet eundem effectum. Prædicta. n. non possunt aliter uerificari, nisi referendo distinctionem directe & utilis ad totam formulam, ut inferius dicetur circa declarationē d. l. Hoc etiam apertissime præsupponit tex. in l. cum mota, ad fi. C. de transac. in his uerbis, utilis actio, quæ præscriptis uerbis rem gestam demonstrat danda est. Nam demonstrare rem gestam uerbis præscriptis pertinet ad actionem in quantum accipitur pro formula, Non autem ad actionem in quantum accipitur pro ipso iure persequēdi. Hoc idē præsupponit tex in l. si quis diuturno. ff. si ser. uen. in his uerbis. Vtilem actionem habet, ut ostēdat se per annos forte tot non clam, non precario possedisse. Nam istud ostendere pertinet ad actionem in quantum accipitur pro formula, non autē in quantū accipitur pro ipso iure agendi. Idem ēt præsupponit tex. in l. si seruus §. cum Stico ff. de in rem uer. dum dicit quod in casu quando contraxi cum Stico Vicario Pamphili serui sui, actio de peculio, & de in rem uerso ita dari debet, ut quod in suam, uel ipsius rem, uel in peculium Pāphili, uersum sit, comprehendat. Nam istud comprehendere pertinet ad actionem in quātum accipitur pro ipso iure prosequendi.

Et ista conclusio. quod distinctio directe & utilis actionis referatur solum ad actionem in quantum accipitur pro formula, non autem in quantū accipitur pro iure prosequēdi, ultra prædicta probatur ex infinitis aliis legibus, & rationibus, de quibus infra.

Stantibus prædictis, quæ iudicio meo sunt indu-

bitata, circa propositam quæstionem concludo,
5 † q directa actio seu formula nil aliud sit, quàm illa directa, & regularis formula formata, & redacta in corpore iuris, utilis uero actio seu formula nil aliud sit quàm illa irregularis formula actionis quæ nõ est formata, nec redacta ad certam formã in corpore iuris, sed de nouo formari debet, apta proposito negotio & quàm prius oportebat impetrare, ut dicitur in l. 2. C. de formul is. Ad huius tamen conclusionis intelligentiam & comproba-
6 tionem sciendum est, † q hæc formula, seu actio, qua quis experitur in iudicio, debet continere causam, ex qua reus posset conueniri, Et causam ex qua actori competat ius agendi. l. edita C. de eden. l. 1. ff. de eden. Et q ibi notatur. Sciẽdum etiam est,
7 † q olim populus nõ poterat instituere actiones, seu formulas prout uellet, quia debuerant esse certe, & solemnes, & necesse habebat illas impetrare, ut dicitur in l. 2 § deinde, & § omnium ff. de orig. iu. & in d. l. 2. C. de formul. Sed postquàm Apius Claudius illas actiões ad formã reduxit, & Gneus Flauius librum surreptũ populo tradidit, & Sextus Aelius, alias actiones composuit, ut dicitur in d. § omnium, cessauit necessitas impetrandi actionem, seu actionis formulam, adeo quòd quotiens aliqua formula actionis instituta, & redacta in corpore iuris poterat denotare causam, ex qua reus posset conueniri, & causam, ex qua actori competeret ius agendi, dicebatur competere regularis formula, nec opus erat aliam formulam impetrare, sed quotiens causa, ex qua reus conueniebatur, & causa ex qua actori competebat, ius agendi, nõ poterat denotari per aliquam regularem formulam institutam, & redactam in corpore iuris, tũc quia ad denotandum istas causas exigebatur alia formula, per quam istæ causæ explicite denotarẽtur, necesse habebat quis illam impetrare, quia nõ poterat illam prout uolebat instituere, alias sibi obstabat exceptio non impetratæ actionis, ut dicitur in d. l. 2. C. de formul. De iure tamen hodierno nõ exigitur, quòd illa formula sit solemnis, nec q impetretur, uerum sufficit quælibet formula dũmodo sit apta, & cõueniat negotio proposito. Ex istis infertur q directa actio est illa regularis formula instituta, & redacta in corpore iuris, quæ etiam dicitur uulgaris. l. si seruus. ff. de fur. l. quidam cum filium ad si. ff. de hæred. instit. l. filius familias. § secũdum uulgarem. ff. de leg. 1. l. 1. ff. de præscrip. uer. Et quòd utilis actio est illa formula quæ non reperitur instituta, nec concepta, sed de nouo erat instituenda, cõcipiẽda & impetranda. Hinc uidemus q in iure nunquam dicitur q actio directa detur, sed quo ad utilem actionem iura fere semper dicunt, illam dari, ut infra dicemus circa illam quæstionem an utilis sit datiua, uel natiua, & quæ actio dicatur natiua & quæ datiua, colligitur enim ex hoc utilem actionem debuisse imperari, sed non directam. Et per consequens directam esse illam formulam regularem institutam, & redactam in corpore iuris, quæ amplius non impetrabatur, utilem uero esse illam formulam instituendam de nouo, & quæ omnino debuisset impetrari. Hic est quòd, ut infra dicetur in sequenti qõne, semper dicetur competere actio directa quotiens ex nomine actionis potest denotari causa, ex qua reus conueniatur, & causa, ex qua actori competat ius agẽdi, sed semper dicetur competere utilis, quotiens ex nomine actionis prædictæ causæ denotari non possunt, sed ad denotandum ipsas causas sit necesse, quòd alia uerborum formula concipiatur. Ex hoc enim colligitur comprobatio prædictæ conclusionis, uidelicet quòd directa actio sit illa regularis formula instituta, & redacta in corpore iuris utilis uero actio sit illa formula, quæ de nouo instituitur, & impetrari debebat.

8 Secunda quæstio est, † quando competat directa actio, seu formula, & quãdo competat utilis actio. A cuius qõnis intelligentiam sciendum est prius, quod ex quo regulares formulæ actionum fuerũt per Constantinum amputatæ, ut dicitur in l. 1. C. de formulis, propterea tota uis huius directe actionis, seu formulæ cõsistit in ipso actionis nomine. Nam nomina actionum sunt apta ad denotandũ cãm, ex qua reus conueniatur, & cãm ex qua actori competat ius agendi, ut patet in actionibus contradicti depositi, mandati, pro socio, empti, & sic de aliis, quia ex ipso nomine demonstratur causa contractus, ex qua reus conuenitur, & ex qua actori cõpetit ius agendi. Ex quo sequitur, q circa propositam qõnem concludendũ est, q quotiens ex nomine actionis põt denotari cã, ex qua reus obligatur, & põt conueniri, & cã, ex qua actori competat ius agendi, isto casu dicetur competere directa actio, Sed quotiens ex nomine actionis ut nõ põt denotari cã, propter quam actori competat ius agendi, aut non põt denotari cã, propter quã reus obligetur & possit conueniri, tunc competit utilis actio, Et ratio est, quia cũ directa & regularis formula non est apta ad denotandum has causas, necessario ad denotandum dictas causas requiritur aliqua uerborũ additio quæ constituat nouã formulam quæ dicitur, & est utilis actio, Et pro ista conclusione est casus in l. 2. ff. de præscrip. uerb. & ista conclusio probatur discurrendo per omnes casus, & per omnes. ll. in quibus dicitur competere uel actionem directam, uel actionem utilem:
9 & primo † circa fideicommissarium, cui sit restituta hæreditas ex trebelliano, cui & aduersus quẽ

solum datur utilis,non autem directa §.restituta in ſtit.de fideicom.hæred.l.pen.ad fi.C.ad trebel. Nã iſtud eſt, non propter id quod ad fideicommiſſa rium non tranſeat ius directum hæredis, ſed ſolũ utile.l.poſtulante.§.1.ff.ad trebel.l. ſi filius in fi ff. quod cum eo.& d.§.reſtituta, quia iſtud non impediret quin aduerſus ipſum fideicommiſſarium poſſet competere actio directa,quia in actore eſſet ius directum agendi,ſed eſt propter id,quia illa directa,& regularis formula, qua defunctus poterat experiri,uel ex qua poterat conueniri,non eſt apta ad demonſtrandum cauſam,ex qua fideicommiſſario competat ius agendi,uel ex qua poſſit illa actione conueniri,quia non poteſt denotare cauſam reſtitutæ hæreditatis ,ex qua ipſe fideicommiſſarius conuenitur,& actori competit ius agendi, uerum neceſſe eſt , ad denotandum dictam cauſam reſtitutæ hæreditatis,quod aliquid addatur ad illã formulam ,qua defunctus poterat agere,uel conueniri,propterea illi fideicommiſſario ,& aduerſus eum danda eſt utilis formula ſeu actio,non autem ſufficit illa directa,quæ defuncto uel contra eũ cõ petebat.

10 † Similiter in ceſſionario, & in eo cui ſit legatum nomen debitoris,& in emptore hæreditatis,& in marito cui ſit datum nomen debitoris in dotem,qui nomine proprio non poſſunt experiri directa actione,ſed ſolum utili l.1.& l.nominibus.C.de actio.& oblig.& l.ex legato niminis. C. de leg.l.emptor.C.de hæred.uel actio.uend. Iſtud eſt propter prædictam rationem,quia illa directa actio , ſeu formula, qua poterat experiri primus creditor,non poteſt denotare cauſam ceſſionis,uel legati,uel emptionis,ſeu dationis in dotem,ex quibus ſecundo creditori acquiſitum ſit ius agendi,id circo exigitur utilis actio ſeu formula , propter quam dicta cauſa demonſtretur. Hæc etiam eſt ratio,quare ille tertius,cui ex pacto contrahentium erat reſtituenda res,non experitur directa actiõe, ſed utili ut dicitur in l.omnes C. de donatio. quæ ſub.mod.& in l.pen.C.ad exhiben. Nam quia nomen illius actionis,quæ oritur ex illo contractu , & eius formula directa,ſeu regularis non eſt apta ad denotandum illud pactum appoſitum in fauorem illius tertii,& uigore cuius ſibi competit ius agendi,ita quod requiritur quod in formula explicite exprimatur illud pactum, propterea exigitur utilis actio ſeu formula . Propter eandem rationẽ is,cui per in integrum reſtitutionem eſt reſtituta actio,quæ prius erat finita,uel extincta, per tranſactionem experitur utili actione, non autem directa,ut dicitur in l.1.&.2.C.ſi ad uer.trã.quia nomẽ illius actionis iam finitæ,& eius directa & regularis formula non poteſt denotare cauſam, in integrum reſtitutionis,propter quam huic actori cõpetat ius agendi,iccirco requiritur utilis actio,ſeu formula,per quam dicta cauſa poſſit denotari. Similiter ratio,propter quã aduerſus illum,qui dolo deſiit poſſider competat utilis, non autem directa actio rei uendicationis,ut not.in l. 1. C. de alien.iud.mutan.ca.fac.& in l.3.ad fi.ff.eo.tit.& eſt quia nomen ſeu directa & regularis formula rei uendicationis,non poteſt denotare iſtam cauſam, quod reus dolo deſierit poſſidere, ex qua obligatur & conuenitur. Similiter in magiſtratum , qui dedit tutorem non idoneum,datur utilis actio tutelæ,non autem directa l.1.C.de magiſ. conueniẽ. propter hanc rationem ,quia cauſa propter quam magiſtratus poteſt conueniri eſt , quia non poteſt ſatisfieri pupillo ex facultatibus tutoris,ut dicitur in d.l.1.& hæc cauſa non poteſt denotari per nomen,ſeu per directam & regularem formulã actionis tutelæ. Similiter ratio quare aduerſus pupillum in eo,quod factus eſt locupletior datur utilis actio commodati,non autem directa,ut dicitur in l.3.in princ.ff.commoda ea eſt,quia iſtud quod ſit factus locupletior ex illo commodato ob quod obligatur,& poteſt conueniri non poteſt denotari per nomen actionis commodati, & ſimiliter in quibuſcunque aliis caſibus,in quibus dicitur,quod competit utilis actio non autem directa, ſemper militabit iſta ratio,quia nomen,ſeu directa, & regularis formula actionis nõ poterit denotare cauſam,propter quam actori competat ius agendi , & cauſam propter quam reus poſſit conueniri. Et propter iſtam rationem in caſu l. ſi uero nõ remunerandi.§.1.ff.manda patri uel domino non competit actio directa mandati,ſed utilis in factũ, ut alias declaraui in l. ſi is qui pro emptore circa ultimam quæſtionem Bar.ff.de uſucapio.

Sed contra prædicta unũ prima facie uidetur obſtare,quia hæredi , & contra hæredem competit directa actio actiuæ , & paſſiuæ, quæ competebat defuncto,& tamẽ cauſa aditionis hæreditatis,propter quam illi tanquam hæredi competit ius agendi,& propter quam tanquam hæres conuenitur , non poteſt denotari per ipſum nomen actionis, nec per eius directam,ſeu regularem formulam, iſtud tamen re uera non obſtat , & pro ſolutione

11 † eſt aduertendum,quod cauſa aditionis non eſt exprimenda in ipſa formula,dum quis agit uel cõ uenitur uti hæres,quia eo ipſo quod quis agit,uel conuenitur uti hæres , reus ipſe poteſt eſſe certus de huiuſmodi cáuſa aditionis, abſque eo quod explicite exprimatur in formula,iſtud patet , quia ſi ego ueluti hæres conueniam Ticium , utique Ticius certus eſt quod ego adiui hæreditatẽ ,ex quo licet non adiuiſſem;tamen,eo ipſo quod uti hæres ago,induceretur aditio.l.pro hærede l. gerit ff. de

acq.hære.& si conuenio aliquem uti hæredē, uti-
que ipse certus est an sit, uel nō sit hæres, quia istud
pendet ex animo suo, unde ad certiorandū reum
conuentum de dicta causa aditionis, non est necef
se quod explicite dicta causa exprimatur ī ipsa for
mula, eo maxime, quia eo ipso quod quis agit, uti
hæres, uel conuenit alium uti hæredem, implicite
dicit aditionem esse sequutam, sine qua non esset
hæres, & propter hanc ratione hæres pōt experi
ri illa directa, & regulari actione, seu formula, qua
poterat experiri defunctus & ista ratio cessat in ca
su, quando quis agit, uel conuenitur uelut fideicō
missarius, quia nisi exprimatur restitutam esse hæ
reditatem, aduersarius non potest certiorari per
dictam formulam an sit uel non sit sequuta dicta
restitutio, quia restitutio hæreditatis non induci-
tur ex solo animo illius fideicommissarii, qui agit,
seu cōuenitur, sed exigitur factum hæredis graua-
ti, Vnde quia ad formulam, qua poterat experiri
defunctus, opus est quod fiat aditio, in qua deno-
tetur restitutio hæreditatis, propterea dicta formu
la dicetur utilis, non directa.

12 Tertia est quæstio † an habenti utile dominum
tantum, ueluti emphiteotæ, uel ei, qui præscripsit,
uel superficiario competat directa actio in rem,
an uero utilis tantū, Bar. & cōi. doc. in l. 2. ff. si ager
uestig. & in l. 1. ff. de actio & oblig. dicunt quod cō
petit utilis tantum, adducunt tex. in. l. 1. ff. de super
ficie, & in l. superficiario. ff. de rei uend. & in l. tutor
in fi. ff. de pigno. actio. in quib. dicitur, quod super-
ficiario cōpetit utilis tantū. Adducunt ēt tex in l. 1.
in fi ff. de aqua pluu. arc. & in l. si quis diuturno ff. si
ser. uē. in quib. dicitur, quod illi, qui præscripsit ser
uitutem competit utilis tantum. Et per ista iura cō
cludunt, quod illi, qui acquisiuit utile dominium
per præscriptionem, competat utilis tantū, nō aūt
directa. Sed pro contraria opinione, quod compe
tat directa actio habenti utile dominium uidetur
casus in d. l. 1. ff. si ager uestig. in quantum absolute
dicitur, quod emphiteota & is, qui conduxit agrū
uestigalem in perpetuum habet actionem in rem
& in l. si quis emptionis C. de præscr. 30. uel 40. an
no, ubi dicitur quod is qui præscripsit rem cū titu
lo & bona fide per decem uel uiginti annos hēt ac
tionem in rem, & similiter is, qui sine tit. cū bona
fide tamen per 30. uel 40. annos, præscripsit habet
actionem in rem, tamen clarum est quod solum
hēt utile dominium, non autem directum ut not.
Bar. in auth. nisi tricennalis. C. de bo. mater. & licet
Doc & quidam alii in l. fi. C. de edi di. ad tol. & in
l. traditionib. C. de pac. tenuerint quod per præscri
ptionē longi tēporis cū titulo & bona fide, acqui
13 ritur directū dominiū, cōis tamen opinio est, †
quod acquiritur solum utile, nō solum in præscri-
ptione 30. uel 40. annorum, sed etiam in præscri-
ptione longi temporis cum titulo & bona fide, ut
tradit Alex. in d. l. traditionibus & quamuis doct.
respondendo ad tex. in d. l. 1. & d. l. si quis emptio
nis dicant, quod debeat intelligi de utili actione in
rem non autem de directa, tamen ista solutio uio-
lat prædicta iura, quæ loquuntur simpliciter de ac
tione in rem, Et pro ista eadem opiniōe, quod is,
qui acquisiuit utile dominium per præscriptionē
experiatur actione in rem directa, facit concludēs
ratio, Quod ex quo in rei uendicatione, nō est ne
cesse, quod quis exprimat causam, ex qua sibi fuit
acquisitum dominium, sed sufficit dicere se domi-
num l. mater. §. eandem ff. de except. rei iud. & pro
pterea non est necesse, quod is qui agit exprimat
an illud dominium, quod habeat sit directum, uel
utile, propterea nulla est ratio, quare habenti utile
dominium per præscriptionem non sufficiat dire
cta & regularis formula, Cōcludo igitur circa pro
positam quæstionem quod emphiteota, & etiam
is, qui conduxit agrum uestigalem, & is, qui præ-
scripsit rem corporalem, habet directam actio-
nem in rem, & quod experitur directa, seu regula
ri formula rei uendicationis. per tex. in d. l. 1. & in
d. l. si quis emptionis, & per prædictam rationem,
sed quod superficiarius, & is qui præscripsit serui
tutem non habet directam actionem in rem, sed
solum utilem, ut expresse dicitur in d. l. 1. ff. de su-
perficieb. & in d. l. superficiario & d. l. tutor, & in l.
1. ff. de aqua pluu. arcen. & d. l. si quis diuturno.
14 Difficultas est circa rationem diuersitatis, † quare
superficiario & præscribenti seruitutem, non com
petat directa, prout competit emphiteotæ, & per
scribēti rem corporalem. Circa quam dico, quod
ex quo superficiarius licet habeat utile dominiū
superficiei, non tamen hēt utile dominiū soli, ic-
circo sibi non competit actio in rem, nisi postquā
eā cognita fuerit sibi per prætorē decreta, ut dici-
tur in d. l. superficiario. Et propter hāc rōnē dēt ex
periri utili actione, seu formula, quia directa & re
gularis formula actiōis in rē nō pōt denotare illā
cām decreti prætoris, propter quā superficiario
cōpetit ius agendi in rem, similiter, in eo qui præ-
scripsit seruitutem, ex quo requiritur dū agit actio
ne in rem pro seruitute, quod exprimat illā serui-
tutē esse constitutam, uel præscriptā. ut dicitur in
d. l. si quis diuturno & not. in æque. inst. de act. quod
ideo non debet agere, seu experiri directa & regu
lari formula actionis confessoriæ, quia ista directa
actio confessoria licet sit apta ad denotandum cau
sam acquisitionis seruitutis, quæ fit per constitutio
nem seruitutis, non tamen est apta ad denotandū
eam causam acquisitionis seruitutis, quæ fit per
præscriptionem, & ideo necesse est quod propo-

natur utilis actio confessoria, ad denotandum causam dictæ præscriptionis, quam ratione sensit tex. in d. l. si quis diuturno, dum dicit, cum qui præscripsit seruitutem non habere necesse dicere de iure, quo seruitus illa sit constituta, sed habet utilem actionem, ut ostendat per annos forte tot se non ui, non clam, nõ præcario possedisse, hæc. n. uerba denotant, quod ubi hæc causa præscriptionis est exprimenda in formula, sit necessaria utilis actio, & quod regularis, & directa formula confessoria, nõ sit apta ad denotandum hanc cām præscriptionis seruitutis. Prædictæ rõnes cessant in casu quando uel emphiteota, uel is qui præscripsit rem corpoream agit actione in rem pro re ipsa corporali, cuius utile dominium habeat. Nam quia non habet necesse exprimere causam acquisitionis dominii, sed sufficit dicere se dominum. propterea eidē sufficit directa actio in rem. Et si instares, quæ sit
15 ratio quare, †dum agitur actione reali pro seruitute, requiritur quod exprimatur causa, ex qua illud ius sit acquisitum, secus quando agitur pro re corporali, respondetur, quod ideo istud fuit receptū in seruitute, ex quo ius seruitutis, non est in rerum natura nisi dum seruitus est constituta, uel præscripta. Vnde hæc causa constitutæ seruitutis, uel præscriptæ debet exprimi in actione, quia alias reus conuentus, non posset certiorari, quod illud ius seruitutis, de quo in iudicio est discutiendum, existat in rerum natura, quæ ratio cessat quando agitur actione reali pro re corporali, ex quo constat rem illam, & eius dominium, de quo discutiendū est, esse in rerum natura, quamuis non constet de causa ex qua actor prætendebat illud dominium sibi esse quæsitum, & propterea non est necesse, quod talis causa exprimatur in actione. Et si etiam instares, quõ possibile est quod is qui habet solum utile dominium possit experiri directa actione, respondetur, quod ex quo ius agendi & prosequendi in iudicio non distinguitur inter utile, & directum, ut s. dixi, & latius ex inf. dicendis apparebit sed est idem ius agendi uel prosequendi in habente utile, quod est in habente directum dominium propterea non est mirum, si etiam uterq; pōt experiri eadem formula, & actione quando non exigitur quod in ea plus exprimatur per unum, quā per alium. Ex prædictis potest colligi, quib. casibus quis pōt experiri directa actione in rē, & quibus casibus debet experiri utili, nam colligitur, quod quotiens necesse habet exprimere cām, ex qua dominium sit, uel censeatur sibi acquisitū, tūc oportet experiri utili actione in rem sed ubi non est necesse exprimere causam, ex qua sit dominiū acquisitum, tūc potest experiri directa actione in
16 rem. Quarta est quæstio, †an actiones noxales sint & censeantur directe an utiles: Pro opinione quod sint directe uidetur casus in l. electio. §. item si ex pluribus & § seq ff. de noxal. dum dicit quod aduersus dominum, qui possidet seruum, agitur directa, & contra illum dominum qui dolo desiit possidere agitur pretoria. Videtur et tex. in l. si ser uus. ff. de fur. dum dicit, uulgaris, formula in dominum danda est, & exponitur, uulgaris, i. directa, ut ibi exponit glo. pro qua expositione est casus in l. quidam cum filium ad fi. ff. de hæred instit. & hāc opinionem uidentur amplecti doct. His tamē nō obstantibus, ego concludo contrarium, uidelicet quod noxales actiones sint utiles, quæ opinio probatur manifeste per tex. in §. ex diuerso inst. de noxal. actio. ubi dicitur directam actionem aliquando effici noxalem, & quod aliquando incipiat esse noxalis, ilia actio quæ antea directa fuisset, probatur etiā per illas. ll. in quibus dicitur, noxales actiones dari, ut in l. si plurium in l. noxalis in l. non solum, in l. quotiens § prætor ait. ff. de noxal. igitur sequitur quod non sunt directe sed ut utiles, quia ut inf. dicemus circa illam qōnem, quæ sit, & dicatur actio datiua, & quæ natiua, omnes actiones datiuæ, & quæ dantur sunt utiles, non autem directe: Probatur etiam ista opinio optima, & concludenti ratione. Nam clarum est, quod illa actio, quæ oritur ex maleficio, & noxa serui datur aduersus eius dominum, & illa met actio, dum dirigitur aduersus dominum dicitur noxalis actio, ita quod si seruus commisit furtum, ex quo solet oriri actio furti, sed illa met actio furti dū dirigitur aduersus dominū dicitur actio furti noxalis, ut est casus in l. alienus seruus & in l. queadmodū & in l. si seruus ff. noxal. sciendū ēt est, quod rō, & cā propter quā dominus conuenitur, & obligatur ex furto cōmisso per seruum, est illa quia ipse est dominus & seruum possidet eo tēpore, quo conuenitur. l. noxalis. ff. de noxal § omnis instit. eo. tit. cū igitur in actione noxali, quæ est danda cōtra dominū ex furto serui sit exprimendū, quod ipse sit dominus, & quod possidet ipsum seruū, & quod fuerit sciens, quo casu tenetur in solidū. l. 2. l. licet ff. de noxa uel quod habeat facultatē dandi seruū pro noxa, casu quo non arguitur, scientia domini, & cum ista nō possint denotari, per illā directam, seu regularem formulam, actionis furti, quæ oritur ex furto serui, sequitur quod illa actio, seu formula noxalis, quæ dirigitur in dominū, in qua ista omnia exprimuntur, non sit illa directa, & regularis formula actionis furti, sed sit utilis. Et propterea quod ipsa noxalia actio sit utilis. Nec obstat text. in d. l. electio § si ex plurib. & § seq quia respōdetur quod dum tex dicit agi directo contra dominum possessorem serui, sensus illius text. non est quod ip-

sa directa actio,seu formula dirigatur aduersus dominum,sed quod ciuilis actio competit cōtra dominum possessorem,& honoraria actio,contra illum qui dolo desiit possidere & illud uerbum, directo,exponi debet.i.ciuiliter,prout exponit glo. in l.1.in prin.in uers.ait & bene.ff.de acqu.poss.habes quidem ex illo tex.annotare quod ius agendi, uel prosequendi in iudicio distinguitur quidem, inter ciuile,quod etiam appellatur directū,& prætorium seu honorarium,& quod illud ius agendi ciuile & directum competit aduersus dominum possessorem serui,qui cōmisit maleficium,ex quo cōpetit illāmet actio,quæ oritur ex maleficio serui,sed contra illum,qui dolo desiit possidere seruum,non competit ius agendi ciuile seu directum sed competit honorarium,ex quo conuenitur uigore illius edicti de alienatione iud.mutan.cau.facta.ex quibus sequitur,quod distinctio illius text. solum pertinet ad ius agendi ciuile.& ad ius agendi prætorium,non autem ad directam & utilem actionem,quia distinctio,quam facit ille tex. respicit ius agendi,seu prosequēdi in iudicio,ut statim dixi,& distinctio directe & utilis actionis non respicit ipsum ius agendi in iudicio, quia nunquam reperies ius agendi & prosequendi in iudicio distingui inter directum,& utile,ut latius etiam infra dicemus,sed solum respicit formulam,quia alia est directa formula,alia utilis.quamuis sit idem ius & similiter , alia est formula noxalis actionis, quæ dirigitur contra dominum, alia est illa directa & regularis formula,quæ solet competere ex illo iure agēdi,quod oritur ex maleficio cōmisso per seruum.Igitur sequitur : quod ista noxalis sit utilis,non autem directa. Non obstat tex.in l. si seruus.ff.de furtis quia pro solutione,& intelligentia est aduertendum,quod licet tex. dicat uulgaré formulam in dominum dandam esse,uult tamē, quod illi formulæ adiiciatur istud,uel quod dominus teneatur dūtaxat de peculio, uel adiiciatur deditio noxe,ut denotant illa uerba.Vulgaris formula in dominum dāda est,ut pro eo.quod alter admisit duntaxat de peculio,quod ipse exercitor,adiiciatur.aut noxe dedere. Sensus igitur illius text. est,quod danda est quidem aduersus dominū illa uulgaris formula,quæ solet competere ex illo maleficio,quod commisit seruus,tamen quod illi formulæ debeat addi,quod dominus conuenitur dūtaxat de peculio,aut quod habeat facultatem dādi seruix pro noxa & ista adiectio facit ꝙ illa formula non sit,nec dicatur illa directas,& uulgaris, sed alia ut expresse dicit tex.in § omnis & §.ex diuerso inst.de nox.quod etiam præsupponitur in d.l si seruus,dum dicit danda est,hoc enim uerbum , ut infra declarabimus,denotat formam non esse directam,sed utilem,quemadmodum ius gentiū efficitur ciuile,dum aliquid additur per ius ciuile l. ius ciuile ff.de iust.& iu.bene sequitur ex eo,ꝙ dicitur in d.l.si seruus quod in illa formula,quæ dirigitur aduersus dominū,sit cōprehensa illa regularis,& uulgaris formula, qua solemus experiri in actione,quæ solet oriri ex maleficio illo,ꝙ cōmi-

27 sit seruus. Quinta est qō, † an illa actio, seu formula,qua experimur aduersus dominum animalis,quo damnū dedit ex edicto si quadr. Pau. fec. dicatur.Sit directa,uel utilis.glo.& cōiter do.in.l.1. in prin.uers.actio & in l.pen.ff.si quad. concludūt esse directam quādo agitur pro damno illato per quadrupedem,sed esse utilem quando agitur pro damno illato ab animali bipede. Moti per text.in d.l.pen.& dicunt rōnem differentiæ esse, quia in primo casu actio descendit ex uerbis legis, seu ex mente,secundo uero casu descēdit solum ex interpretatione iurisconsulti & pro illa opinione prima facie uidetur facere tex.in l.1.in pri.ff.si quad. dū ibi dicitur,quod ista actio descēdit ex lege xii. tab.Ex hoc enim uidetur colligi,quod sit directa , quia ut š dictum est,quælibet actio,quæ reperitur instituta.& concepta in corpore iuris dicitur directa. Quicquid tamen sit,ego sum in cōtraria opinione,ꝙ ista actio seu formula sit solū utilis, non autem directa.Moueor primo per tex.in d l pen. dum ibi dicitur hæc actio utilis competit,etsi non, quadrupes,sed aliud animal pauperiē fecerit,hæc, .n.uerba denotāt.quod in utroq; casu illa actio sit utilis,nam illa implicatiua, etsi hēt istum sensum, quod non solū quando quadrupes,sed ēt quando aliud animal pauperiem fecit, competit illa actio utilis.Probatur etiam ista opinio arguendo a sufficienti partium enumeratione.Nam si loquimur quādo interuenit culpa domini,uel custodis,quo, casu non pōt dari animal pro noxa,& in casu isto non pōt esse directa , sed utilis tantū,attento quia competit actio in factū.l.1.§ quod si propter & §. sequenti ff eo.tit.quæ actio in factū est utilis, ut dicit gl.in d.§ quod si propter & in l.quidam cum filium §.si ff.de hæred.inst.aut loquimur in casu, quo nulla culpa domini, uel custodis interuenit, quo casu potest dari animal pro noxa.& etiam in casu isto non potest esse directa,sed utilis attento , quod competit actio noxalis,prout si ab homine fuisset illatum damnū d.l.1 § quod si post ff.eo.tit. quæ actio est utilis 4 Accedit quia causa, propter quam quis conueniatur actione ex illo edicto,est quia est dominus animalis , & illud habet in sua potestate tempore quo conuenitur non enim suffit it,quod fuerit dominus, & illud habuerit in potestate quando animal nocuit d.l.1 §.& cum etiā, sed cum nullum sit actionis nomen, nec aliqua

directa & regularis formula, ex qua possit hæc cã denotari, igitur necessaria erit utilis, ĩ qua explicitẽ dicta cã exprimatur, Cõprobatur quia actio, quæ competit ex illo edicto, non hẽt nomen, igitur se quitur, quod sit utilis, non directa, consequẽtia patet, quia, ut dictũ fuit s. in 2 qõne, semper est necessaria utilis actio, quando non adest aliquod nomẽ actionis, per quod possit denotari cã, propter quã actori cõpetat ius agendi, & cã propter quã reus cõueniatur, & obligetur. Nec põt dicere quod ista actio denominetur actio de pauperie, uel actio si quadru. ut uidetur uelle gl in d.l. 1. quæ uult quod illa uerba rub. denotent ipsam actionẽ, Nam hoc est falsũ. Illa. n. uerba rub. uidelicet si quadr. paup. fecisse non sunt uerba denominantia ipsam actionẽ, sed sunt uerba edicti prætoris, ut colligitur ex d.l. 1. §. 1. in quo præsupponitur, uerba prætoris fuisse d. q. ista, uadr. paup. fecisse dicatur, actionẽ in domi num dabo, uel iudicium indominũ dabo, quæ uerba ẽt demonstrant actionem esse utilem, non directam, quia ut inf. dicemus, directa non datur, sed utilis. Nec oppositũ præsupponit tex. in d.l. 1. quia licet dicat quod actio prædicta descẽdit ex lege xii tab. sensus tamen dictorum uerborũ est, quod ius agendi ex causa damni illati per quadrupedem descendit ex lege xii. tab. & sic accipitur actio pro ipso iure agendi, uel prosequendi, nõ aũt sensus est, quod formula ipsa, qua experimur in casu illius edicti sit instituta a lege xii. tab quoniam indubitatum est ꝙ formulæ actionũ fuerunt institutæ post ius xii. tab. l. 2. §. deinde. ff. de orig. iur. & in specie ꝙ formula, qua experimur in casu illius edicti nõ sit instituta a lege xii. tab. sed ꝙ danda sit per prætorẽ demõstrant uerba ipsius edicti relata in dicta rub. quæ erant si quad. paup fe. dic. in dominum actionem dabo. Ex quib. habes colligere plura, Et primo quod etiam in casu, in quo actio inquantũ accipitur pro iure agendi descendit ex lege xii. tab. aliquando tamen actio seu formula datur a prætore, & est utilis, ut patet in casu dicti edicti, nam quãuis ius agendi descendat ex lege xii tab. d.l. 1. in pr. attamen formula est datiua, & utilis, ut ex uerbis huius edicti & ex d.l. pen. & ex his quæ supradicta sunt. Secundo colligitur quod ẽt datur actio, seu formula utilis, quæ non stet respectiuæ ad aliquam directam competentem ad idem, uel diuersa. nam in casu huius edicti si quadr. nulla competit nec cõpetere põt directa, & tamen competit utilis, ut statim dixi quod facit ad comprobationem eorum, quæ dicta sunt s in 1. qõne reprobando dicta per Bar. in l. 1. ff. de Act. & oblig.

18 Sexta qõ est † quibus casibus, in actione legis Aquiliæ cõpetat directa actio, seu formula, & in quibus utilis tantũ, ad hanc qõnem respondetur tunc competere directam actionem legis Aquiliæ, quoties actor prætendit sibi cõpetere ius agendi ex ea cã, quæ possit per nomen dictæ actionis denotari similiter prætendit reum posse conueniri ex causa quæ per nomẽ dictæ actionis denotetur. Sed ubi prætendit ius agendi sibi competere ex ea cã, & similiter prætendit reum posse cõueniri ex cã, quæ non possit per nomen dictæ actionis denotari, tunc non põt experiri directa actione legis Aquiliæ, sed solum utili. Hæc distinctio probatur ex his quæ dicta sũt s in 2. qõne, & ex his quæ statim subdam. Dubitatio igitur consistit in hoc, † quæ sint 29
illæ causæ, quæ possum per nomẽ prædictæ actionis legis Aquiliæ denotari, & quæ sint illæ quæ nõ possint denotari, ad quam respondetur, quod ubi is, qui agit, prætẽdit ius agendi sibi cõpetere ex ea cã, quia sit dominus rei in qua damnum datũ fuit & prætendit reum teneri & cõueniri posse ex ea cã, quia per iniuriam quasi manu sua damnum dederit, Tunc istæ causæ possunt denotari per nomẽ actionis legis Aquiliæ, quia istæ causæ sunt expressæ in ipsa lege, & propterea tunc experiretur directa actione seu formula legis Aquiliæ. l. 2. ita uulneratus. §. 1. ff. eo. tit. ad leg. Aqui. ubi uero prætẽdat actor ius agendi sibi competere, non ex ea cã, quia habeat dominium rei, in qua damnum sit illatũ, sed solum ex ea causa, quia habeat aliud ius in dicta re, talis causa non poterit denotari per nomen dictæ actionis: quia non est expressa in lege Aquilia, & propterea debet experiri utili actione, legis Aqui. l. liber homo in prin. l. itẽ mela §. sed etsi seruus. l. si dominus seruus. ff. eo. tit. similiter, ubi actor prætendit reum teneri non ex ea cã, quia dederit damnum per iniuriã sed solum quia damnũ dederit, hæc causa cum non sit expressa in lege Aquilia, non poterit denotari per nomen directe, ut ideo agenda erit util. l. qui occiderit. §. si quis alienum. ff. eo. tit. Similiter si prætendit actor reũ teneri nõ ex ea cã, quia ipse quasi manu sua damnum dederit, sed quia præbuit cãm, quare mihi auferatur res mea, hæc causa cum non sit expressa in lege Aquilia, non poterit per nomen dictæ actionis denotari, & propria agendum erit uel utili actione in factum, uel utili actione legis Aqui. l. si seruus §. siquis de manu & l. qua actione §. fi. & l. Item Mela. §. si alius. ff. eo. & l. 1. §. sed si instincta. ff. si quadr.

20 Septima est quæstio † an istæ actiones uidelicet de peculio, de in rem uerso, institutoria, uel exercitoria sint & censeãtur directe, an uero utiles Huic quæstioni, postpositis quæ per alios dicuntur, respondetur, ꝙ istæ actiones non sunt directe, sed utiles, quæ conclusio probatur lege, & rõne. Nã dico ꝙ pro

ꝙ pro ista conclusione est casus in §.fi. inst. quod cũ eo, quatenus in illo tex.dicitur in idꝙ patris,do miniue iussu contractum est, uel in rem patris uel domini uersum,posse directo quoq; apatre domi noue condici,tanquã si cum illis principaliter negotium-gestum esset.Et dũ idẽ tex.dicit.ab eo quo que.qui tenetur exercitoria,uel institutoria actione,directo posse condici,quia huius quoq; iussu cõ tractum intelligitur,aperte tex.in his uerbis præsupponit,ꝙ licet agi possit directa contra patrem uel dominum,ubi contra eos agitur ueluti ex cõtractu cum illis celebrato,tamen præsupponit nõ posse agi directa actione:sed utili tantum, ubi dominus,uel pater conueniatur ueluti ex contractu gesto cũ filio,uel cum seruo,&similiterquod exer citoria,& institutoria,non sit directa actio,sed utilis cum agitur ueluti ex contractu gesto cũ institore,uel exercitore.Pro eadẽ conclõne est casus in l. pater pro filia & in l.fi.in fi.ff.de in rẽ uerso,quatenus ibi dicitur dandã esse de in rem uerso utilem actionem,& licet gl.ibi exponat utilem.i.efficacẽ, & præsupponit quod non dicatur utilis ad differẽtiam directe,tamen ista ex positio non est admittẽda tum quia negari non potest quin ibi dicatur de utili actione ad differentiã directe,ut ẽ propria significatio illius dictionis,utilẽ, & denotant ẽt ex uerbo,dandam,quod non põt conueniri directe actioni tum ẽt quia illud uerbum,utilem , esset superflũum si acciperetur pro actione efficaci,quoniã nunquam reperitur dari actionẽ, quæ non sit efficax.Est ẽt casus in l.& ideo ff.de inst.nam in d. l.dicitur , & ideo utilis institoria aduersus me tibi competit,Et licet gl.ibi præsupponat institoriã di ci.i.utilem in casu illo,sed regulariter dici directã assignando rõnem,quare magis in casu illo dicatur utilis,quam in aliis casibus , tamen opinio gl. prædictæ mihi non placet,&rõ assignata per eam non est bona.ut patet ex his,quæ dicta sunt.s.in 1. qõne.Expositio ẽt Alb.qui exponit utilis.i. efficacis,non est bona,ut patet ex his, quæ statim dixi, Videtur ẽt casus pro eadem conclusione in l.in cũ in prin.ff.de inst.& in l.si mutuũ.C eo.&in l. liberto in prin.ff.de neg.gest.nam dũ in illis legib.dicitur,dari utilẽ ad exẽplum institorie, uidetur præsupponere institoriam ẽt esse utilem,& dari.Nam quõ diceretur dari utilis ad eius exemplum, si institoria esset directa & nec daretur, nec impetraretur,Et licet gl.in d l liberto dicat illã institutoriam regulariter dici directã,& solũ esse utilem in illo casu particulari per rõnem,de qua ibi,tamen non bene dicit.Vt patet ex prædictis,Prædicta opinio probatur ẽt ex eo quia istæ actiones , uidelicet de peculio,de in rem uerso,institoria,& exercitoria, sunt utiles,consequentia,patet,quia, ut statim dicemus,solum actiones utiles dicuntur datiuæ,nõ autem directe.Assumptum uero quod prædictæ actiones dentur,probatur per plura iura , & primo pro textum in l.2.in l.4.in prin.in § si seruus, in §. ex furtiua in l.depositi § si filius familias & in l. & an ancillarum & § 1.& §. illud & §. sicut autem.ff. de pec.quæ iura loquuntur in actione de peculio . In actione de in rem uerso extat tex.in l. si filiusfami.in l.si seruus §.cum stico in l.in rem uerso.in l. paterfilium in l.fi.ff.de in rem uer. In institoria est tex.in l.1.in fi.in l.quicunq; § fi.& l.eatenus,&l.idem erit & l.nouissima & l.si cũ uillico, & l.siquis municipiis § si impubes.ff.de inst. De exercitoria habes casum in l.1.§ si is qui nauẽ & §. hæc actio, & in l si tamen.§.fi.& l.si seruus & l.fi.uers.quare . ff.de exercit.Vltra prædicta iura, quæ aperte præsupponunt has actiones esse utiles & non directas probatur ista opinio,rõne.Nã cã,ex qua actori cõpetit ius agendi,est illud negotium contractus gesti cum filio,uel seruo,cã aũt , quare pater,uel dominus possint conueniri,ex illo cõtractu filii , uel serui est,uel quia possident peculium , uel quia in rem ipsorum uersum est , uel quia præposuerunt aliquẽ ex eis,certe negotiatiõi,uel exercitio nauis. Si igitur intuemur nomen actionis,quæ oritur ex ipso contractu gesto cum filio,uel seruo, illud quidem nomen est aptum ad denotandum cãm,propter quam actori competat ius agendi, tamen nõ est aptum ad denotandum cãm,propter quam alius,uidelicet pater,uel dominus possint conueniri.Si etiam intuemur nomina istarum actionũ de peculio de in rẽ uerso.institoriæ, uel exercitoriæ, quamuis hæc nomina sint apta ad denotãdũ cãm ex qua pater,uel dominus possint conueniri, non tamen sunt apta ad denotandũ cãm,propter quã ipsi actori cõpetat ius agendi.Propterea sequitur, quod quoties agendũ est contra patrẽ , uel dominum ueluti ex contractu gesto cum filio,uel seruo ꝙ experiri debemus utili actione,non aũt directa quia nullum est nomen actionis, quod sit aptũ in casu isto ad demonstrandũ utranq; cãm,uidelicet eam per quã actori competas ius agendi,& eam, per quam reus conueniatur,& hæc consequentia satis põt ex his quæ dicta sunt s.in 2.quæstione.

Nec obstat si dicatur quod quia prætor induxit istas actiones,ut est casus in § in personam & §.seq. inst de act.ideo debent dici directe,ex quo , ut dictũ fuit.s.in 1.qõne,actiones quæ reperiuntur institute,& cõcepte in corpore iuris,sunt directe, quia respondetur quod prætor induxit quidem ius ipsum agendi in patrem uel dominum,&ius ipsum quo pater uel dominus obligantur,ex cõtractu fi-

na,& § seq.sed prætor ipse nec instituit, nec cõcepit aliquam formulã actionis, quæ quis ageret aduersus patrem, uel dominũ ex contractu gesto cũ filio uel seruo.sed solum pollicetur, ꝙ dabit ipsam actionem, seu formulam, ut patet in legib. prærallegatis, Vnde sequitur ꝙ illæ actiones, seu formulæ sint utiles, non aũt directe, cum nõ sint conscriptæ in corpore iuris, sed dandæ. Etsi iterum instares, quæ sit rõ quare prætor nõ instituerit certam formulam in hac actione de peculio, & de in rem uerso, institoria, & exercitoria, respondeo ꝙ ideo nõ fecit, quia non potuit, Attento quod licet potuisset cõstituere certam formulam, per quam possit denotari cã, ex qua patet, uel dominus possit conueniri, tamen non poterat instituere certam formulam, quæ denotaret cãm cõtractus gesti cum filio, uel seruo, propter quãm actori cõpetat ius agendi quoniam necesse est quod iuxta uarietatem cõtractuum, qui geruntur cum filio, uel seruo, formula etiam narietur, ad hoc ut cã prædicta possit denotari. Et debes circa prædicta animaduertere quod quando agimus contra filium uel seruum ex contractu eum illis celebrato, proponimus directam actionem, quia nomen dictæ actionis est aptũ ad denotandum utranq; cãm, illam uidelicet per quã actori competat ius agendi, & illam per quam filius, uel seruus possint cõueniri, similiter quando agimus contra patrem uel dominum ueluti ex cõtractu celebrato cũ patre uel domino, experimur directa actione, seu formula, ut dicitur in § fi. inst. quod cum eo. Sed quoties experimur contra patrem, uel dominum ueluti ex contractu gesto cũ filio uel seruo, tunc non experimur directa actiõe uerum utili, ut dictum fuit. Quoniam nullum est nomen actionis, per quod utraq; causa possit denotari, ut statim dictum fuit. Quæ oĩa conferunt ad probationem eorum, quæ dicta s. fuerũt in 2. q.

21 Octaua est qõ † an utiles actiones sint datiuæ uel natiuæ, Ad intelligentiam est prius uidendum, an in iure reperiatur ista distinctio natiuæ, & datiuæ actionis, & similiter quæ sit natiua & quæ datiua actio. Circa quod sunt opi. nam Bar. & cõiter doc. in l. iurisg. § 1. ff. de pac. & l. certi cond. & l. si & me. ff. si cer. pet. & in l. 1. col. 1 ff. de act. & obl. & in l. 1. col 6. ff. de cõd. ind. concludunt reperiri in iure nostro istam distinctionem, & dicunt natiuam dici illam, quæ hẽt præexistẽtem materiam, seu causam, ex qua producatur, datiuam uero quæ non habet præexistentem materiam, ex qua producatur, Et dicuntutrunq; probari in d. l. iurig. § 1. quatenus tex. uidetur præsupponere, dandam esse actionem a prætore in casu, quo non subest causa, sed non eẽ dandam, quando subest causa, unde actio nascatur & dicunt probari ẽt per plures alias leges, quæ dicunt actiones dari, uel dandas esse, quas inf. referã. Ista conclusio patitur plures difficultates, quas refert Fortu. in d. l. iurisg § 1. Præterea ista conclusio non resoluit qõnem, quoniam non declarat quando dicatur sub esse causa habilis ad producendum actiones, & quando non, & quæ sit causa habilis ad producendum actionem, & quæ non sit habilis, ꝙ etiam doc. non declarant. Alia fuit opi. Fulg. in d. l. iurisg §. 1. post Castelium in l. cum mota. C. de transf. quod nulla actio dici possit datiua. Tu uero, omissis quæ alii dicunt, pro resolutione præsentis qõnis debes primo aduertere, ꝙ ex quo hic terminus actio in iure nostro accipitur duob. modis uidelicet pro ipso iure prosequendi, ꝙ nobis debetur, & pro ipsa formula, ut dictum fuit s. in 1. q. ideirco præsens qõ diuiditur in duos articulos. Pri-

22 mus est † an actio inquantum accipitur pro ipso iure prosequendi in iudicio, distinguatur inter natiuam, & datiuam actionem. Secuodus est an actio inquantum accipitur pro ipsa formula, distinguatur inter natiuam & datiuam, Circa primum sciẽdum est prius id, ꝙ alias declaraui in rub. ff. de uer

23 obl. nu. 35. cum plurib. sequentib. † ꝙ conuentiones hoĩm duplici modo a iure approbantur & roborantur ad effectum actionis, nam aliquando approbantur ita ut ipse conuentiones fiant efficaces ad producẽdum actionem ciuilem in debitorem & actionem seu ius prosequendi in iudicio in creditore, Aliquando approbantur, non ut ipse conuentiones per se sint efficaces ad producendũ obligationem ciuilem in debitorem, & actionẽ in creditore, se ut ex legis iurisd. uel auctoritate, propter ipsam cõuentionem inducatur obl. ciuilis & act. Exemplum primi est, quando in cã ex qua partes intendunt obligari in couentione concurrit factũ utriusq; paciscentis, nam tuoc ista causa est habilis ad producendum obligationem ciuilem, & act. & conuentiones in casu isto dicentur approbate ad hunc effectum, ut ipse sint efficaces, ut est in stipulatione, & in omnib. contractib. oominatis, & in illo contractu innominato, do, ut des, & do ut facias ut declaraui in d. rub. & ista cã, in qua concurrit factum utriusq; paciscentis, dicitur & est contractus ex quo, ut dixi in d. rub. nu. 112. declarando tex. in l. labeo. 1. ff. de uerb. sig. cõtractus nil aliud est, quã ipsa obligatio, seu causa, quæ ẽ ultro citroq; i. quæ facto utriusq; paciscentis explicatur, seu in qua factum utriusq; concurrit, Exemplum secundi est, quando in cã illa, ex qua partes intendunt obligari in couuentione non concurrit factum utriusq; paciscentis. Nam tunc ista causa noo est habilis ad producendum obligationem ciuilem, & actiooẽ. & ideo conuentio in casu isto non dicitur approbari a lege, ita ut ipsa sit efficax ad producendũ ob

ligationem ciuilem,& actionem, sed solũ ad hoc
ut ex legis iurisdictione,& authoritate propter ip
sam conuentionem inducatur obligatio ciuilis,&
actio,&in casu isto dicimur obligari ex lege uel iu
re honorario ut dicitur in l. obligamur §. ex lege
ff.de act. Exemplũ huius est in approbatione pacti
nudi pro donatione, quæ facta fuit per l.si quis ar-
gentum C.de donat nã lex propter ipsum pactũ
ex sua authoritate induxit actionem, quæ dicitur
condictio ex lege, ut notant Bar.&alii in l.legitima
ff.de pac.idem Bar.& alii in l.1.ff.de cond. ex leg.
Aliud exemplũ est in actione de constituta pecu-
nia, nam licet prætor approbet pactum constitu-
ti, non tamen probatio illa facit, ut pactũ illud per
se sit efficax ad producendũ actionem, sed dicitur
approbare inquantum ipse ex sua authoritate, &
iurisd. propter illud pactum inducit ipsam actio-
nem,& propterea dicta actio dicitur & est indu-
cta ex prætoris iurisd.ut habetur in § in personam
inst.de act.&licet doc.arbitrentur istam actionem
nasci ex pacto, ueritas tamen est, quod inducitur
ex prætoris iurisd.d.§ in personam,& per illud iu
re honorario obligamur, ut dicitur in d.l.obliga-
mur, ut dicitur in d.l.obligamur & alias declaraui
in d.rub.nu.36.& nu. 79. exemplum etiam est in
contractu gesto cum seruo, uel filio. Nam in hoc
contractu non interuenit causa habilis ad produ-
cendum actionem contra patrem uel dominum,
quia nullus actus patris, uel domini interuenit; iõ
actio de peculio, uel de in rem uer. quatenus com
petunt aduersus patrem, uel dominum ueluti ex
contractu gesto cum filio, uel seruo, inducũtur ex
prætoris iurisd.ut dicitur in d.§ in personam quo
que, Sed quatenus consideratur ut neg.ge.cum pa
tre, uel domino qui conueniuntur ut ex contractu
cum illis gesto quia isto casu diceretur adesse cau-
sa habilis ad producendũ aduersus eos actionem,
quia factum ipsorum censeretur interuenisse, tũc
ista actio diceretur oriri ex ipso contractu, ut præ
supponitur in § fi.inst.quod cum eo. Ex prædi-
24 ctis resultat † qualiter intelligi debeat & possit pro
cedere illa cõis opi.Bar.& aliorum s relata, dũ di-
cunt reperiri in iure istam distinctionem, & dicũt
natiuam esse illam quæ habet præexistentem ma-
teriam seu causam, datiuam uero, quæ non habet
præexistentem causam seu materiam. Nam orti-

in conuentione cãusa habilis ad producendũ actio
nem, in qua cõcurrat factum utriusq;, & intelliga-
mus non adesse cãm seu materiã actionis, quãdo
nõ adest causa habilis ad producendum actionem
in qua concurrat factum utriusq; paciscentis,& se
cundum prædicta declaratur tex.in d.l.iurisg.&§.
26 1.pro cuius intellectu † sciendum est, ꝙ differentia
inter Iulianum & Martianum consistebat in eo,
quia Iulianus existimabat ꝙ in casu illius tex. cau-
sa, ex qua partes intendebant obligari, non foret
habilis ad producendum obligationẽ ciuilẽ in de
bitore,& ius prosequendi in creditore,&ideo exi
stimabat opus esse ꝙ actio induceretur ex præto-
ris iurisdictione,& hoc important illa uerba. Iul.
scripsit in factum ciuilẽ actionẽ a Prætore dandã,
Rõ aũt quare Iul.existimaret illam causam, ex qua
partes intendebant quod obligaretur is, qui dare
debebat stichum, non esset habilis ad producẽdũ
actionẽ erat, quia uidebatur actũ, ꝙ ex manumis-
sione Pamph.explicanda per te,& sic ex adimple
mento tuo, ego obligarer ad dandum stichum,&
quia in illa manumissione, seu adimplemento in-
teruenit solummodo factũ manumissoris nõ aut
aliquod factum meum, propterea non poterat cẽ
seri habilis ad producendũ oblõnem ciuilẽ in per
sonam meam, sed Mart. existimabat ꝙ cã illa, ex
qua partes intendebant obligari, foret habilis ad
producendũ oblõnem ciuilẽ in persona mea, &
actionẽ i persona tua, qui manumisisti Pãp.&pro
pterea concludetur non esse opus ꝙ ex prætoris
iurisd. induceretur aliqua actio, sed illã induci ex
ipsa conuentione,& cã implementi, & rõ quare
Mart.id existimauit exprimitur in tex. in his uer-
bis. Quia est cõtractus, ex quo hæc actio nasci põt.
quorum uerborũ sensus est, quia adest cã, in qua
concurrit factum utriusq;. Nã, ut s dixi contractus
nil aliud ẽ quàm cã oblõnis quæ ex utriusq; facto
explicatur, uel in qua factũ utriusq; cõcurrit, Quõ
uero in casu dictæ oblõnis cõcurrat factũ utriusq;
non declaratur in tex.sed tũ ita declarandũ uenit:
Nam licet actus manumis. Pamp.explicãdus a te,
nõ sit per se causa habilis ad producendũ oblõnẽ
ciuilẽ, quia si antequã ego tradidissem tibi stichũ
tu Pamph. manumisisses, ex dicta manumissione
non potuisset oriri oblõ ciuilis & actio, sed danda
esset actio de dolo ut dicit tex. in l.naturalis § quod

interuenire factū utriusq; uidelicet tui in traditiōe & ēt factum meū in manumissione, Quod aūt te. ille loquatur de actione inquantū accipitur pro ipso iure prosequ. manifeste colligitur ex plurib. Prio quia tex. expresse loquitur de obligatiōe ciuili, que est correllatiua ad actionē inquantū accipitur pro ipso iure proseq. Secundo quia loquitur de actiōe, quæ nascitur ex ipso contractu & hoc non pōt adaptari ad actionē inquantū accipitur pro formula sed solū inquantū accipitur pro iure agendi, seu proseq. Est tamen circa prædicta aduertēdum ad duo, Primo ꝙ ista distinctio inter actionē, quæ nascitur, & actionem quæ ex legis iurisd uel authoritate inducitur, quam doc. appellant datiuā conside rari solum potest in obligatione ciuili, & act. quæ nascitur ex conuentionibus, uel contractibus, non autem in aliis dispositionibus, seu negotiis, quia in aliis dispositionibus, seu negotiis, solum pōt induci obligatio ciuilis ex legis dispōne & authoritate, & in illis non pōt cōsiderari aliquā cā, ex qua producatur, & nascatur oblō, sed consideratur quod obligatio & actio producitur ex legis authoritate, ut patet in lege Aquilia, & in omni actione, quæ datur ex delicto. Aliud est quod licet doct. appellent datiuam istam actionē, quæ induci tur ex legis iurisdictione, uel authoritate, tamē ista appellatio ē admodum impropria, quia ut statim inf. declarabo, sunt plures casus, in quib actio inducitur ex legis authoritate, in quib. competit actio directa, non autē quod detur, & sunt ēt plures casus, in quib. nascitur actio ex ipsa conuentionē, & tamen in illis actio dicitur dari non autem cōpetat. Accedit quia postquam lex ex sua iurisd. uel authoritate induxit obligationem ciuilē & actionē propter aliquā conuentionem seu cām in eodem instanti, in quo contingit dicta conuentio seu cā, simul ēt oritur & inducitur oblō ciuilis & actio, adeo quod non est opus alia datione, & semper dicetur adesse præexistens materia ad producendū actionem, inquantum lex uoluit ex suæ iurisd. & authoritate propter materiam illius negotii induci obligationem ciuilem & actionē, Et iuxta istud ultimum posset procedere opinio Fulg. uidelicet non reperiri in iure actionem datiuam, nā considerando actionem inquantum accipitur pro ipso iure proseq. & postquam illud ius fuit ex legis iurisd. inductum, iam non pōt amplius dici datiua, cum inducatur in eo instanti, in quo contingit materia illius negotii, & non exigitur quod amplius detur. Quo uero ad aliud uidelicet an actio inquātum accipitur pro ipsa formula distinguatur inter natiuam, & datiuam aduertendum est primo, ꝙ hæc qualitas natiua non pōt proprie referri ad actionem inquantum accipitur pro formula, quia, s dixi formula ipsa non nascitur, nec producitur, sed constituitur & formatur. d. l. 2. § deinde. ff. de
27 orig. iur. †unde congruentius qō ista formaretur
an actio inquantum accipitur pro formula distinguatur inter datiuam, & non datiuam. Circa quā concludendum est, ꝙ sic, & quod illa formula seu actio dicatur datiua quam ex necessitate oportebat impetrare, & quæ ex eo quia impetranti concedebatur dicitur datiua. Sed illa, quæ reperitur instituta, & formata in corpore iuris, & quam non oportebat impetrare, ut dictum fuit s in 1. q. non dicitur datiua. Quō. n. pōt dici datiua, si absq; alia impetratione, seu datione competit, quæ conclusio probatur ex eo, quia in iure nostro datio actionis semper ad formulam refertur, ut est casus in l. cum mota in ultimis uerbis. C. de tran. in l. si quis diuturno. ff. si ser. uend in l. si seruus §. sticho. ff. de in rem. uer. inducendo, ut dictum fuit s in 1. q. Est ēt casus in l. 1. § fi. & l. 3. ff. de præscr. uer. nam licet in casu dictarum legum ex illo contractu innominato oriatur actio, & obligatio ciuilis, dicitur tamen dādam esse ciuilem actionem in factum. Vnde apparet dationem actionis in illis legibus referri, solum ad actionem inquātum accipitur pro formula; quod etiam præsupponunt multæ leges, quas infra referam. Ex prædicta conclusione infer-
28 †quod utilis actio seu formula est datiua, quia erat
impetranda, & non erat instituta nec formata i. corpore iuris, sed actio directa, quæ reperitur instituta, & formata in corpore iuris, & quā prius non oportebat impetrare nulla ratione potest dici datiua, & ista conclusio probatur per tex. in l. quidā cum filium in fine ff. de hæred. inst. quatenus dicit non competituram uulgarem, sed utilem dari placere Ecce quod uerbum, dari. refertur solum ad utilem, non autem ad uulgarem, & directam, quia ad illam refertur uerbum competituram, ad idē est casus in l. fi. ff. de Magist. conuen. nam quatenus loquitur de utili actione tutelæ, quæ competit aduersus magist. dicit illam dari, dum uero loquitur de directa actione tutelæ, quæ competit contra tutorem, dicit illā competere. Probatur ēt quia oēs leges dum loquuntur de utili, semper dicunt illā dari ut in l. qui occiderit § si alienum ff. ad l. Aqui. ibi ideoq; utilis actio danda est, & in l. si uero non remunerandi § si filiofa. ff. Mand. ibi uerum est in factum actionem filio dandam, & in l pe. C. ad exhib. ibi, Vtilis autem tibi propter equitatem dabitur actio depositi, & in l. quoties C. de do. quæ sub. mod. ibi, sed cum postea diui Principes ei, qui stipulatus non fuit, utilem actionem competere admiserunt, actio sibi cōmodabitur, in l. hoibus C. de act. & oblig. ibi actionem ad similitudinē eius, qui emit dari oportere sæpe rescriptum est, & lo-

quitur de utili in l.2.C.si aduer. transac. ibi tributa actione tibi cōsulendū est,& loquitur de util. ut ibi no catur in l.cum mota in fi.C.de tran. ibi utilis actio,quam præsc.uerbis rem gestam demonstrat danda est,in l.tutor §. fi.ff.de pig. act. ibi sed utiles actiões superficiario daretur,in l.emptor C.de hæred.uel act.uen.ibi,quāuis utiles actiones aduersus debitores hæreditarios placuit tribui,in d.l.quidā cum filiū in fi.ff.de her.inst.ibi uulgarē actionē nō competituram,sed utilē dari placere,in l.3.in pri. ff.commod.ibi dandam utilē act. commodari secundum diui Pii rescriptū. Hinc est quod ex quo noxale actio est utilis §.ex diuerso Inst.de nox.& dictum fuit s.in 4.q.illa actio semper dicitur dari, ut in l.si plurium seruus in l.noxali,in l.non solū, in l.quoties §.Prætor ait.ff.de noxali,similiter quia illa actio seu formula,qua experimur aduersus dominum aīalis,quia est utilis,ut dictum fuit s.in 5. q.propterea semper dicitur dari,l.1.§.& cum etiā ff.si quadr.hinc ēt est ꝙ ex quo actio de peculio,& de in rem uerso institoria,& exercitoria sunt utiles,idcirco dicuntur dari,ut dictum fuit s. in 7. q. Sed e contrario in omnib.legibus,in quib.fit mētio de directa & regulari actione,seu formula nunquam dicitur illa dari,sed quod competit,uel ꝙ eā quis habet,& in hoc non distinguo utrū oblō ciuilis,& actio,inquantū accipitur pro iure proseq. inducatur ex legis authoritate,an uero nascatur ex ipsa conuentione,uel contractu,sed in utroq; casu formula,dummodo sit directa & regularis, nunquam dicetur datiuam.Istud patet in actione legis aquiliæ,quia licet in ea actio ciuilis & ius proseq. inducatur ex dicta legis iurisd. tamen in his casib. in quib.competit directa actio seu formula, leges non dicunt illam dari,sed ꝙ competit, uel quod est illa actio.uel ꝙ quis illa actiōe teneatur l.2.l. Ita uulneratas,l.liber homo la 2.ff. ad l. Aquil. sed in casibus,in quib.cōpetit utilis actio, seu formula legis aquiliæ uel actio in factum,quæ est utilis semper dicitur dari,ut in l.item Mela.§.sed si seruus in l.qui occiderit §.siquis alienum eo.tit.ad l.Aquil.et si dicatur ꝙ in l.liber homo,la 1.eo.tit. dicitur, ꝙ hēt utilem actionem legis aquiliæ,sed non directā & in l.si dominus seruum eo.tit.dicitur quod teneatur actione in factum,respondetur quod sensus dictorum uerborum,hēt utilem actionem &c. Et in quibus competit solum utilis actio. seu formula in legib.dicitur illam dari,& esse datiuam l.1.in fi.& l.3.ff.de præsc.uer.conclusio igitur stabit ꝙ actio datiua nil aliud sit quàm utilis,& actio non datiua est actio directa,seu uulgaris actio seu formula,& quod prædicta distinctio datiuæ,& natiuæ actionis refertur ad actionem inquantum accipitur pro formula,prout refertur distinctio directe,& utilis.Fateor tamen ꝙ aliquando in legib. dicitur utilem actionem competere & aliquē habere utilem actionem,ut in l.& ideo.ff.de inst. ibi & ideo utilis institoria aduersus me tibi competit,& in l. 2.cod.de Act.& oblig.ibi competit utilis actio, & in l.1.C de Magist.conu. ibi aduersus magistratū ita demum est utilis actio.& in l.si quis diuturno ff.si seruitus uendicetur ibi,sed utilem habet actionem ut ostendat per annos forte,&c.& in l pen.ff. si quad ibi hæc actio utilis competit,& si non quadrupes. Similiter actio de peculio. dicitur ꝙ cōpetit quamuis sit utilis,ut dictum fuit s l.3. ad finem ff.de peculio.ibi, filio suo nomine in id quod ad patrem peruenit competit de peculio actio. & in l.in bone fidei eo tit ibi,non solum actio de peculio,& de in rem uerso competit actio,sed hāc quoque habeat adiectionem &c. Sic etiam dicitur ꝙ institoria competit l.sed & si quis,& l si quis ex mācipiis in prin.ff.de institoria. Attamen hoc est ea ratione,quia illa uerba.quod competit actio, uel quod est utilis actio,uel quod quis habet utilē actionem proferuntur in nostrum sensum,quod cōpetit & sit utilis actio,quam quis pōt impetrare, & quæ sit danda,et similiter ꝙ habet utilem actionem,quam debet impetrare,uel ea ratione, quia dicta uerba referuntur ad tempus, postquàm fuit impetrata,quia postquā fuit impetrata utilis actio in rem dicitur ꝙ competit,et ꝙ est utilis actio, et ꝙ quis dicatur illam habere. Et insuper aduertendum est,quod illa iura,in quibus dicitur actionem de peculio,et actionem institoriam competere,loquuntur non de ipsa actione quatenus accipitur pro formula,sed inquantū accipitur pro ipso iure proseq.nam hic terminus actio de peculio, & de in rem uerso,et institoria accipitur ēt pro ipso iure proseq.quod Prætor ex sua iurisd. induxit contra patrem,uel dominum ex contractu filii, uel serui, § in personam quoq; inst. de act et quatenus hic

ad aliud, quod ubi in lege dicitur quod uulgaris, &sic directa formula detur, ut i l. si seruus ff. de fur. sensus est ꝙ in illa utili actione, quæ danda est, inseratur nulg. & directa formula, ut dictũ fuit s. in 4. q.
29 Nona est qõ, † an directa & utilis sit eadem actio uel diuersa, quam pertractant Bar. & alii in d. l. 1. ff de act. & obl concludo ꝙ directa & utilis actio quoad ipsum ius prosequẽndi est eadem, sed quo ad formulam est diuersa. Quæ conclusio euidēter probatur ex his, quæ supradicta fuerunt, per quæ fuit demonstratum actionẽ ipsam, in quantum accipitur pro ipso iure prosequendi nõ distingui inter directam & utilem, ut declaratum fuit s. in 1. q. Qua conclusione sic stante, resultat declaratio eius ꝙ dicitur in l. fi. ad fi. ff. de magis. conu. ibi quatenus eadem actio in magistratus datur, quæ competit in tutores: nam sensus est, quod est idem ius prosequẽ. aduersus magistratus, quod est aduersus tutores, & sic ꝙ sit eadem actio quoad ipsum ius prosequendi. sed dicta uerba non habent hũc sensum, ꝙ ut eadem actio quoad ipsam formulã, quia absque dubio alia est formula, qua experimur aduersus magistratum, alia qua experimur aduersus tutorem. Resultat ẽt declaratio eius, quod dicitur in l. si alienus seruus & in l. quemadmodum, et in l. si seruus. ff. de noxal. uidelicet ꝙ illamet actio, quæ oritur ex maleficio serui, dirigitur aduersus dominum, quoniam sensus est, quod actio noxal. quoad ipsũ ius prosequendi, est illamet actio, quæ oritur ex maleficio serui, sed quod solum est diuersa quoad formulam; ut dictũ fuit s. in 4 q. Expræ
30 dicta conclusione resultat etiã resolutio, † an istæ actiones de peculio, de in rem uerso, & quod iussu institoria & exercitoria, sint distinctæ, & diuersæ actiones, an non, & sic an sint nomina actionẽ, an a dictiones, de qua qõne habetur per glo. Bart. & doc. in l. 3. § si filiusfa. ff. de pecu: & per doc. in l. 1. C. quod cum eo. nam resultat quod quo ad ipsum ius prosecq. non sunt separatæ actiones, quia in omnib. est idem ius prosequen. Est n. in oib. illud ius prosequendi, quod oritur ex contractu gesto cum filio, uel seruo: quamuis illud ius prosequendi dirigatur aduersus patrẽ, uel dominũ. l. 3. §. si filiusfa. & d. l. 1. & l. ancillarum §. 1 ff. de peculio. Resultat etiam quod quoad formulam sunt, distinctæ, & diuersæ, quia alia est formula, qua de peculio experimur aduersus patrem, uel dominum, alia qua experimur de in rem uerso, uel alia actione. Et si obiiciatur quod non possit dici idem ius prosequendi in omnib. istis actionibus, attento ꝙ sunt diuersa edicta, & diuersi tituli ex quib. sunt introductæ, & ulterius quõ põt esse idem ius in istis omnib. actionibus, attento ꝙ illud ius prosequen. quod oritur ex ipso contractu, est ciuile, illud uero, quo pater, uel dominus conuenitur dicitur prætorium. §. in personam instit. de actionibus, l. 1. & 2. ff. de pec. cũ aliis cõcord. Respondetur esse aduertẽdum quod pater, uel dominus cõueniuntur nomine filii, uel serui, ut inst. quod cum eo. in prin. & in d. l. & ancillarum § 1. & contractus ille gestus cum filio, uel seruo est causa, propter quam actori competat ius prosequẽdi tam contra filium, uel seruum, quam contra patrem, uel dominum: Hinc sequitur ꝙ sit idem ius, & licet Prætor ex sua iurisdictione induxerit, ꝙ pater uel dominus possint cõueniri ex cõtractu gesto cum filio, uel seruo, nõ tamen dicitur cõstituere aliud ius prosequendi, sed solum quod illud ius prosequendi, ꝙ competit aduersus filiũ, uel seruum, possit dirigi aduersus patrem uel dominum l. fi. ff. de magist. con. Vult. n. tex. ille, quod sit idem ius prosequendi, quãuis lex statuat quod actio competens contra tutorem, possit dirigi cõtra magistratum. Et ratio est, quia istud ius, quo statuitur ut actio competens aduersus unum, possit exerceri aduersus alium, non pertinet ad inducendum causam, ex qua actori oriatur actio seu ius agendi, sed solũ pertinet ad inducend. cãm, ex qua reus obligetur: & propterea non põt efficere ꝙ desinat esse idem ius actionis, quoniam est eadem causa, ex qua actori competit illud ius agendi. Cõsideramus. n. in actione solum cãm illam, ex qua actori competat ius agendi, & prosequendi, nõ autem causam, ex qua reus possit conueniri, ut late alias declaraui in l. naturaliter §. nihil cõe in §. k-
31 ctora ff. de acq. poss. Decima est qõ † quæ sit directa actio neg. gest. & quæ utilis, & quando agendũ sit directa, & quãdo utili. Ad huius declarationem
32 oportet discutere † intellectum l. actio ff. de negogestis, circa quem Bar. & alii dicunt ꝙ in eo ponitur ista regula generalis, ꝙ directe, & utilis actiõis eadem sit ptãs & idem effectus. Ego non recipio istum intellectum, ex quo tex. ille istud solum uidetur determinare in iudicio negotiorum gestorũ, ut in eo sit idem effectus, & eadẽ potestas directe, & utilis actionis, tamen istud non firmat in aliis iudiciis. Propterea, omisso intellectu doc. dico pro eius intellectu aduertendũ esse, ꝙ ibi expresse istud dicitur, quod illi, cuius interest experiri illo iudicio datur actio neg gest. & in hoc dicto tex. præsupponit ꝙ licet possit experiri directa, si tamen uelit experiri utili, ꝙ illi est danda. nam illud uerbũ, datur, refertur ad utilem, quãm impetratur, ut s di ctum fuit. Secundo expresse in tex. illo dicitur nõ referre, utrum quis in illo iudicio agat, uel conueniatur directa, uel utili actione, & in his duobus dictis præsupponit ꝙ is, qui habet directam actionẽ negotiorum gest. possit etiam experiri utili, & per hoc uidetur confundi id, ꝙ dicunt doc. in l. si ha-

res institutus.ff.ad trebel.per illū tex.quo'd in persona eiusdē non pōt esse directa & utilis actio,que ad idem cōpetat,de quo inf.dicetur. Tertio in illo tex.dicitur ꝙ in extraordinariis iudiciis nō seruatur conceptio formulatum. Quarto expresse dicit ꝙ iudicium negotiorum gest. sit extraordinariū, & tex.præsupponit,ꝙ ex his duob. colligatur rō, quare in isto iudicio neg. gest. non referat an quis agat,uel conueniatur directa,uel utili. Vltimo tex. ille aperte uult,ꝙ in illo iudicio neg. gest. sit eadē ptās,& idē effectus utriusq; actionis, Videndū est igitur quæ sit rō prædictorum, & deinde deueniēdum est ad resolutionem huius qōnis. Et quantū
33 ad illud ꝙ illa subtilitas,†an quis agat directa uel utili non attendatur in extraordinariis iudiciis, rō est, quam ponit tex.in d.l.actio,quia in istis extra ordinariis iudiciis non obseruatur conceptio formularum,cuius rōnis sensus est,ꝙ in istis extraordinariis discussio,uel iudicium nō restringitur ad causas deductas in formula,sed pōt extēdi ad quascunq; cās, quæ possunt contineri sub illa actione proposita. Et hinc sequitur ꝙ in istis non attendatur ista subtilitas an proposueris directā, an uero utilem,attento ꝙ licet proposueris directam poteris tamen in iudicio discutere oēs cās particulares pertinētes ad ipsum iudicium,prout si illas in utili formula proposuisses, Ex quo iudicium ipsum non restringitur ad cās,quæ sint expresse deductæ in formula.Exemplum est in iudicio neg.gest.ꝙ ē generale,& in eo uenit redditio rōnum,& in quo ueniunt oīa particularia negotia,& oēs causæ particulares.l.licet,& ꝙ ibi notatur C.de iudiciis,& ē iudicium extraordinarium ut præsupponit tex. ille,ex quo uariatur iuxta uariationē cārum, & negotiorum particularium,quæpostea in iudicio deducerentur,quāuis ab initio non essent in ipsa formula denotata,nec restringitur ad illa negotia solum,quæ forent in ipsa formula denotata, nec restringitur ad illa negotia solum, quæ forent in ipsa formula denotata. Et ex hoc resultat rō,quare in isto iudicio,non attēdatur ista subtilitas, an proposueris directam,an utilem. quia si proposueris directam tamē non minus poteris prosequi in iudicio quascunq; alias causas, & quæcunq; particularia negotia,quæ continentur in isto generali iudicio neg.gest.prout si proposuisses utilē formulā

sed dicitur experiri utili,ubi causæ particulares,exprimuntur.Et in eo iudicio nō refert an quis agat illa directa formula,ī qua particularia negotia nō exprimuntur,an uero utili, in qua exprimunt ob illam rōnem,quia iudicium neg.gest. est extraordinarium,& in extraordinariis in quib. non obseruatur conceptio formularū non attenditur ista subtilitas, Quæ rō hēt illum sensum,quē.s.dixi.& in hoc tex.præsupponitur ꝙ oēs causæ particulares,& quæcunq; negotia particularia poterunt discuti in hoc generali iudicio neg gest. ēt ꝙ dictæ causæ & particularia negotia non sint expressa in formula,quæ fuerit proposita. Quantum uero ad illud ꝙ subdit tex.Maxime quia utraq; actio eiusdem est ptātis,&eundem hēt effectum,quæ uerba habent istum sensum ꝙ utriusq; formulæ eadē est ptās,& idem effectus,Ex quo,ut ś fuit declaratū, istæ dictiones utilis,& directe actionis, referuntur solum ad formulam,idcirco illud uerbum,utraq; actio,non pōt intelligi de iure prosequēdi: Rō uero quare sit eadem ptās & idem effectus directe et utilis formulæ neg.gest.ea est, quia directa formula ne.gest.& sic noīe dictæ actionis quæ est generalis comprehendit oēs cās,& oīa particularia negotia,quib.reus astringitur hac sua gestione, non minus quam si forēt expressa in utili formula.Et hoc. respectu dicitur esse utraq; formula eiusdē ptātis. Nam uigore utriusq; formulæ poterit in eo iudicio & cognosci de qualibet cā,seu negotio particulari.Et ex hoc infero ꝙ intentio illius tex.non fuit dicere,ꝙ in quolibet alio iudicio utraq; actio uidelicet directa & utilis sit eiusdē ptātis,& effectus. Quia tex.ille uoluit oppositum in eo, ꝙ dicit,illā subtilitate directe & utilis actionis non attendi in extraordinariis iudiciis. Nam ī hoc præsupponit esse attendendam in ordinariis & ꝙ inordinariis non sit eadem ptās,utriusq; actionis, ut clare patebit ex inf.dicendis. Ex prædictis colligitur,quod directa actio neg.gest.est,cū in ea non exprimuntur causæ,& particularia negotia gesta per reum, sed simpliciter narratur quo'd cōuenitur act. neg. gest.Vtilis uero est,cum ipsa particularia negotia in ea exprimūtur.Colligitur ēt quo'd semper pōt agi utili act.neg.ge.Est.n.in facultate eius,cuius interest experiri isto iudicio,& exprimere in formula singillatim negotia particularia,ex quib. sit obli

detur confundi, quia in iudicio neg. gest. non refe rat an quis agat utili, an directa. d. l. actio. Et quia utilis ẽt pro gestis ex uoluntate datur d. l. ac. ita ẽt a simili idem dici debet de directa. Saluãdo tamen aduertendũ est, ꝙ nomẽ directe actionis neg gest, non est aptum ad denotandũ cãm officii cure, ĩõ necessaria est utilis, ĩ qua explicite narretur ꝙ reus tenebatur gerere. Et huc uidetur pertinere rõ doc, Nam cum nomen dictæ actionis non possit deno tare nisi illam cãm, quæ uerbis edicti exprimitur, sequitur ut sit necessaria utilis, in qua exprimatur cã officii, & necessitatis, Quod aũt diciturꝙ utraq; est eiusdem ptãtis, intelligi dẽt quo ad denotandũ particularia negotia, quæ reus gessit, quæ per ut tranq; æque denotanturd. l. act. non aũt quo ad de notandũ cãm, ob quam quis accedit ad gerendã negotia alterius. Hæc. n. põt solum per utilem de notari. Secundo concludunt ꝙ pro iis, quæ acces serunt post mortem nõ põt agi directa. Mouentur quia uerbis edicti non cõprehenduntur l. 3. §. hæc uerba ff de ne. gest. quæ concl̃o non placet, quia li cet non sint expressa uerbis edicti, tamen cõtinen tur edicto. d§. hæc uerba, uer. sed si. unde sicut in di recta actione nõ exprimuntur particularia nego tia, ita etiam idem dici debet de his, quæ accesse runt post mortem, que, ut dixi, cõtinentur edicto, Accedit ꝙ quo ad denotandũ particularia nego tia, ex quib. reus tenetur est æquales ptãs utilis, & directe. Non obstat ꝙ sicut directa non est apta ad denotandum causam necessitatis, ita ẽt non debet esse apta ad denotandũ negotia gestà circa ea, quæ accesserunt post mortem, cum ad hæc quoq; ob coniunctionem, quãm habent cum his, quæ exta bant ante mortem, gestor, uideatur ex necessitate accedere, Nam respondetur ꝙ ratio, cur directa non possit denotare causam necessitatis est, quia causa uoluntatis, quæ fuit expressa in edicto non potest concurrere cum causa necessitatis, Quæ rõ cessat in gestis circa ea, qua accesserunt post mortẽ Nam licet ad hæc quoq; ex quadam necessitate ac cedamus, & nõ sint expressa in uerbis edicti, tamẽ concurrunt cum illis, quæ sunt expressa, hoc est cum gestis circa bona, quæ fuerunt alterius eũ ui ueret, seu moreretur, propterea ipsa directa potest hæc quoq;, quæ accesserunt denotare, cum possint concurrere cum illis. Sed quia, ut dixi, directa fuit regulariter inuenta ad denotandum cãm uolunta tis, ideo nequit denotare causam necessitatis, quæ non potest concurrere cum causa uoluntatis.

35 Vndecima est qõ †an actio in factum oriens ex contractibus innominatis, sit directa, uel utilis in qua licet de mente doc. sit ꝙ sit directa, & natiua per tex. in l. iurisg. §. 1. de pac. ut dixi in 8. qõ. tamẽ contraria opi. est uerior, & probatur in l. 1 & 2. & 3. ff. de præs. uerb. quatenus ibi dicitur, ꝙ, tunc ex perimur actione in factũ, cum deficiunt uulgaria, atq; usitata actionum nomina ex quo colligitur ꝙ actio in factum sit utilis, cum detur solum in defe ctum directarũ actionũ. Et rõ præsupponitur in d. l. 2. & 3. quia nullũ est nomen actionis, perꝙ pos sit denotari cã huius contractus innoiati, & iõ ne cesse est ut agatur utili & explicite narretur factum & præsc. uerba. Quod mõ hmõi actiones in factũ sint datiuæ, satis ex hoc patet. quia sunt utile, ut di xi s. in 8. q. Ad tex. in d. l. iurisg. §. 1. patet solutio ex his, quæ circa d§. dixi in 8. q. Duodecima qõ est
36 †an unus & idem possit habere utilẽ, & directã. Circa quã licet Bar. & alii in l. si her. inst. ff. ad treb. tenuerint ꝙ non. per illũ tex. & ẽt quia utilis datur ex equitate l. 1. ff. de act. & ibi no. quæ equitas cessat in hẽte directam, tamen contraria opi. est uerior quæ aperte probatur in d. l. act. de ne. ge. declaran do eũ tex. ut s in x. q. Probatur ẽt per l. iii. de præs. uer. ubi dicitur, necesse esse cõfugere ad act. præsc. uer. quoties existunt cõtractus quorũ appel. nullæ proditæ sint, quæ uerba innuunt ꝙ licet existãt cõ tractus habentes nomen quo casu cõpetit directa, tamen ex uoluntate possumus confugere ad actio nẽ præs. uer. & sic ad utilem. Ad tex. in d. l. si hæres. respondetur, ꝙ licet illi hæredi sufficiant directe, ta men non negat tex. quin dentur ẽt utiles. Et aduer tendum est, ꝙ tũc fideic. sunt necessariæ utiles, quo ties opus est narrare cãm restitutionis. Cũ. n. hæc cã non possit denotari per directam illam, quæ cõ petebat defuncto, sequitur ut sit necessariautilis, seu quia hæres, cui restituta sit hæreditas a fideic. non hẽt necesse exprimere quod sibi sit restituta hære ditas cum possit agere uti hæres directus eadẽ ac tione, qua potuisset agere ẽt antequãm restituisset, iõ non hẽt necesse experiri utili actione. Et iõ dici tur ibi sufficere directas. Ad illud uero quod utilis detur ex æquitate, dico, ꝙ argumentum procede ret, si acciperemus actionẽ pro iure prosequendi, Nam cum alicui de iu. ci. cõpetit ius prosequendi, superfluum est ꝙ a prætore eidem detur aliud ius prosequendi l iurisg. §. 1. de pa. sed nos accipimus actionem in hoc trac. pro formula ergo &c. Nam re uera rõ suadet ut ei cui cõpetit directa, detur ẽt utilis formula d. l. act. ff. de ne. ge. Et licet olim utilis necessario erat impetranda, d. l. 2. C. de for. directa uero non, tamen hæc differentia est sublata, & ni hil aliud requiritur, nisi ut actio sit apta negotio proposito d. l. 2. Et hinc est, ꝙ hodie utimur solum
37 utili actione. Et ideo † dicimus omnia iudicia es se extraordinaria. §. fi. inst. de interd. iuncta l. 1. C. de for. & sic disputatio utilis, & directe non uide tur necessaria, tamen quia prodest ad intelligen tiam multarum, ll. & resolutionem plurium quæ stionum, ideo hæc adnotaui.

FINIS.